Noviembre 2026
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014

USFQ LAW REVIEW

Volumen XIII. Núm. 2

USFQ PRESS



Volumen XIII, Núm. II • noviembre 2026

USFQ PRESS

USFQ LAW REVIEW
ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
http://lawreview.usfq.edu.ec
Quito, Ecuador

Volumen XIII, Número 2, noviembre 2026
DOI Núm. 2: https://doi-org/10.18272/ulr.v13i2

EQUIPO EDITORIAL

Directores Editoriales

Ruth Mariana Ponce Guillén
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0009-4793-5747

Kristhian Marcelo Guevara Tipán
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0005-0823-0059

Comité Editorial

Editores en Jefe

Ruth Mariana Ponce Guillén
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0009-4793-5747

Kristhian Marcelo Guevara Tipán
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0000-0005-0823-0059

Editores Asociados

Doménica Nicole Viera Reyes
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0004-7480-579X

Lelia Doménica Medina Rodríguez
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0004-2049-6178

Isabella Garzón Campaña
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0006-3946-6811

Andrés Regalado Mantilla
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0007-6217-8823

Editores Junior

Estefanía Yusabeth Pico Torres
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0005-3047-4770

Fernando Camilo Aguilar Cárdenas
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0008-9400-266X

Dariana Valeria Coronel Ayala
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0004-3002-9792

Doménica Gabriela Coello Cahuana
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0003-3385-8249

Joaquín Eduardo Varela Nieto
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0005-3898-5575

Juliana Andrea Naranjo Lasso
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0009-6687-6324

Diego Xavier Estévez Landeta
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0009-1857-5316

María Eduarda Calero Quintana
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
https://orcid.org/0009-0005-7962-9665

Revisores Pares Externos

Bryan Andrade Pérez, Matthew Armijos, Juan Sebastián Baquero, Lorena Barrazueta, Agustín Barzallo, Cristina Bastidas Ruiz, Mateo Bravo, Sierra Bullock, Felipe Castro Zurita, Ana Victoria Cedeño, Leonardo Coronel, Carlos Correa García, Ana Carolina Donoso, Jorge Duque, Hernán Escudero, Paola Gaibor, Diana Guerrero Siguenza, Mateo Guevara Ruales, Bernarda Haro, Iván Izquierdo Izquierdo, Andrés Jaramillo, Sophia Lobato, Juan Francisco Marín, Gabriel Moncayo Grijalva, Paola Moreira Pinargote, Bernarda Muriel, María Gracia Naranjo, Sergio Núñez, Adriana Orellana, Kevin Ortiz, Alejandro Páez, Juan Domingo Ponce, Sebastián Ponce, Eduardo Regalado Mantilla, Verónica Regalado, Alexander Rocha, Rafaella Romo-leroux, Octavio Rosselli Becerra, Oswaldo Ruiz Mera, Emilio Santamaría, Gabriela Sasintuña, Darío Vicuña Enríquez, Gustavo Villacreses, Paula Zambrano, Miguel Ángel Zumba.

Consejo Asesor

Xavier Andrade, PhD
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Juan Carlos Prado, PhD
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Oswaldo Reyes
Diseño editorial: Nikolai Barakat
Webmaster: Scimago



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

USFQ PRESS / USFQ Law Review

Att. Ruth Mariana Ponce Guillén y Kristhian Marcelo Guevara Tipán,
Editores en Jefe Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Presentación de la Revista

USFQ Law Review es la primera revista jurídica, académica, arbitrada e indexada del Ecuador, en ser íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito con publicación anual, convirtiéndose hoy en día en un proyecto editorial de publicación semestral y con apertura autoral. Su objetivo es brindar un espacio para que estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en diversas áreas del Derecho a través del planteamiento de opiniones críticas sobre temas de relevancia actual.

Además, busca ser una fuente de investigación y consulta destacada por su contenido de alto nivel académico y propender siempre hacia la calidad de la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región. El Comité Editorial de USFQ Law Review ha desplegado importantes esfuerzos por garantizar que el objetivo académico de la revista tenga un impacto integral. Por ello, desde el año 2023 se han desarrollado actividades mensuales como *webinars*, podcast y boletínes que, sin duda, han sido un valor agregado del proceso editorial y una forma de retribuir a toda la comunidad que ha creído en el proyecto.

Una prioridad de la revista es dar libre acceso a sus contenidos y dar mayor alcance a las investigaciones de autores que le han depositado su confianza. Por esta razón, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas.

En la actualidad, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Dialnet; HeinOnline, Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura–AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services (SIS); y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Los contenidos digitales de la revista se encuentran disponibles en Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Cada año se imprimen y difunden ejemplares distribuidos a instituciones públicas y privadas a nivel nacional. Para ello, recibe asistencia técnica del departamento editorial USFQ Press y se financia mediante el apoyo continuo de patrocinadores.

Finalmente, *USFQ Law Review* cuenta con varias alianzas institucionales que propenden el fortalecimiento de la investigación jurídica del más alto nivel. En Ecuador se ha celebrado alianzas con otras revistas como *UDA Law Review*, *Lawyers EC*; mientras que, a nivel internacional, con la *Sorbonne Doctoral Law Review*. Recientemente, se realizó un convenio con el ICC Ecuador para la publicación de un dossier especializado en Derecho Corporativo.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, se invita a visitar el sitio web oficial de la revista, redes sociales y académicas; y, a contactarnos mediante correo electrónico.

Sitio web: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Equipo Editorial
USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito

Presentación del Número

La reflexión jurídica exige espacios que promuevan el análisis crítico de los desafíos que enfrentan los sistemas normativos contemporáneos. En este contexto, *USFQ Law Review* reafirma su compromiso con la difusión de investigación jurídica rigurosa y de alta calidad. La presente entrega no es la excepción. Tras un minucioso proceso editorial, tenemos el agrado de presentar el segundo número del Volumen XIII, que se compone de ocho artículos destacados.

En materia de Derecho Constitucional, Bryan Steven Silva Guamushig examina la suficiencia de la garantía de motivación empleada por la Corte Constitucional del Ecuador al determinar reparaciones en equidad por daños inmateriales. A partir del estándar establecido en la Sentencia n.o 1158-17-EP/21, el autor cuestiona la aplicación recurrente y escasamente argumentada de este criterio y su incidencia en la seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones. Frente a ello, propone cinco lineamientos orientados a delimitar el uso de la equidad y fortalecer la motivación de las reparaciones.

En el ámbito Contractual y el Derecho Privado, Andrés Regalado Mantilla y Eduardo Regalado Mantilla analizan la figura de la *Rebus Sic Stantibus* y su relación con el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos. Los autores examinan sus fundamentos jurídicos y económicos, la asignación de riesgos y los requisitos para su procedencia, tanto en contratos públicos como privados. Asimismo, contrastan esta institución con figuras como la fuerza mayor y con mecanismos reconocidos en el derecho comparado, entre ellos el *hardship* y el *material adverse change*.

Por su parte, en materia de Derecho Tributario y Arbitraje, Tomás Sebastián Boada Córdova estudia la arbitrabilidad de la materia tributaria en Ecuador a partir de la declaratoria de transigibilidad de las obligaciones tributarias. El autor analiza la transigibilidad como criterio habilitante para determinar qué materias pueden someterse a arbitraje y sostiene que, si bien las obligaciones tributarias son objetivamente arbitrables, el ordenamiento ecuatoriano aún requiere una norma que faculte expresamente a la Administración tributaria para someterse a este mecanismo de solución de controversias.

En el área de Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Nicole Karolina Padilla Palacios analiza el fenómeno del sharenting lucrativo, entendido como la exposición digital de los datos personales de niños y niñas por parte de sus progenitores con fines económicos, publicitarios o comerciales. A partir de una revisión doctrinaria y jurisprudencial extranjera, la autora examina las implicaciones de esta práctica para el derecho a la privacidad y los límites que puede encontrar en el ejercicio de la patria potestad. Finalmente, propone un estándar para determinar el nivel de intromisión que puede generar esta forma de exposición digital.

En materia de Derecho Civil y Responsabilidad Contractual, Lelia Medina Rodríguez examina la carga de mitigación del daño en las obligaciones de medios. La autora sostiene que, aunque esta figura no se encuentra regulada expresamente como una regla autónoma en el Código Civil ecuatoriano, puede derivarse de los principios de buena fe, razonabilidad y delimitación del daño indemnizable. El estudio determina las condiciones bajo las cuales surge esta carga para el acreedor y sus efectos sobre la cuantificación de la indemnización cuando este omite adoptar medidas razonables para evitar o reducir el perjuicio.

De igual manera en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, María Emilia Flores Suasnavas cuestiona la concepción tradicional de la culpa como requisito autónomo de la responsabilidad contractual. A partir del análisis de las obligaciones de resultado y de medios, así como del rol de la prueba de la diligencia, la autora examina la relación entre culpa, incumplimiento y causalidad. El trabajo concluye que, dependiendo del supuesto, la culpa puede confundirse con otros elementos de la responsabilidad o carecer de una función autónoma, lo que permite cuestionar el carácter necesariamente subjetivo del régimen de responsabilidad contractual.

En materia de Derecho Administrativo y Responsabilidad del Estado, Mateo Sebastián Polo Fajardo analiza las dificultades probatorias que han limitado la eficacia de la acción de repetición en Ecuador frente a conductas dolosas o gravemente culposas de servidores públicos. El autor centra su estudio en la exigencia de acreditar el fuero interno del funcionario y sus efectos sobre la viabilidad de esta acción. A partir de la teoría contemporánea de la prueba, del análisis comparado con el modelo colombiano y de proyectos legislativos presentados en 2025, propone sustituir el escrutinio psicológico por un estándar normativo y objetivo de razonabilidad, acompañado de mecanismos que faciliten la actividad probatoria.

Finalmente, en el ámbito del Derecho de Seguros y la Responsabilidad Civil, Andrés Esteban Salvador Misle y Manuela Margarita Malo Andrade examinan la subrogación del asegurador como mecanismo de articulación entre el contrato de seguro y la responsabilidad civil extracontractual. Los autores estudian los escenarios en los que una víctima puede obtener una reparación tanto del responsable del daño como de la aseguradora y las consecuencias jurídicas de dirigir su reclamación exclusivamente contra uno de ellos. A partir de estos supuestos, el artículo analiza las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para evitar tanto la insuficiencia de la reparación como el enriquecimiento injustificado.

Para el Comité Editorial es un honor contar con los trabajos de articulistas comprometidos con el desarrollo de la academia en Ecuador. Por ello, extendemos nuestro más sincero agradecimiento a todos los profesionales

y estudiantes que hacen posible la publicación de este segundo número del Volumen XIII de *USFQ Law Review*.

Además, resaltamos la labor y dedicación de los miembros del Equipo Editorial, quienes han llevado a cabo cada fase del proceso editorial con la prolijidad requerida. Destacamos también la participación de los Revisores Externos. Su colaboración ha sido esencial para maximizar la calidad de los artículos publicados en el presente número.

Una vez más, expresamos nuestro sentido agradecimiento a las firmas auspiciantes de este volumen: Almeida Guzmán & Asociados, AVL, Bustamante Fabara, Cabezas Wray & Albán, Consulegis Abogados, Coronel y Pérez, Corral Rosales, Durini & Guerrero, ECIJA, Lexvalor, López Ribadeneira Mora, Pérez Bustamante & Ponce, Robalino, Santamaría Abogados, Santillán Abogados, Vivanco & Vivanco, ZION.

Por último, agradecemos inmensamente a Andrea Naranjo y Nikolai Barakat, miembros del equipo de USFQ Press, por su invaluable apoyo durante todas las etapas del proceso editorial.

A nombre del Comité Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review*. Esperamos que este segundo número del año 2026 sea de su agrado.

Quito, noviembre de 2026

Ruth Mariana Ponce Guillén
Editora en Jefe

Kristhian Marcelo Guevara Tipán
Editor en Jefe

Índice

La suficiencia motivacional de las reparaciones en equidad por daños inmateriales: hacia una línea jurisprudencial más previsible de la Corte Constitucional del Ecuador **1**
Bryan Steven Silva Guamushig

La Rebus Sic Stantibus y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato: un análisis sistemático **45**
Andrés Regalado Mantilla y Eduardo Regalado Mantilla

Análisis de la arbitrabilidad de la materia tributaria en Ecuador: la transigibilidad como criterio habilitante y la falta de competencia de la Administración tributaria para someterse a arbitraje **79**
Tomás Sebastián Boada Córdova

Exposición parental digital lucrativa: ¿una nueva causal de limitación de la patria potestad? **111**
Nicole Karolina Padilla Palacios

La carga de mitigación del daño en las obligaciones de medios: conocimiento del incumplimiento y posibilidad de actuación del acreedor **145**
Lelia Medina Rodríguez

El verdadero rol del elemento subjetivo en la determinación de la responsabilidad civil contractual **171**
María Emilia Flores Suasnavas

La dificultad probatoria del dolo y la culpa grave como factor de ineficacia de la acción de repetición en Ecuador **203**
Mateo Sebastián Polo Fajardo

Indemnización sobre bienes asegurados: la subrogación del asegurador como regla de articulación entre el seguro de daños y la responsabilidad civil extracontractual **239**
Andrés Esteban Salvador Misle y Manuela Margarita Malo Andrade

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

La suficiencia motivacional de las reparaciones en equidad por daños inmateriales: hacia una línea jurisprudencial más previsible de la Corte Constitucional del Ecuador

The Sufficiency of Judicial Reasoning in Equitable Reparations for Non-Pecuniary Harm: Towards a More Predictable Line of Jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador

Bryan Steven Silva Guamushig*

Recibido / Received: 27/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4395

Citación:
Silva Guamushig, Bryan. "La suficiencia motivacional de las reparaciones en equidad por daños inmateriales: hacia una línea jurisprudencial más previsible de la Corte Constitucional del Ecuador". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4395.

* Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), estudiante de la Especialización en Garantías Jurisdiccionales y Reparación Integral. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), mejor egresado de la promoción. Avenida 12 de Octubre 1076 y Vicente Ramón Roca, Quito 170525, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bryanstevensilvag@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0761-9992.

El autor agradece al profesor Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo por sus observaciones y orientación académica durante el desarrollo de la investigación que dio origen a este artículo, inicialmente desarrollada en el marco del trabajo de titulación en la PUCE.

Este artículo, de carácter inédito, deriva de la investigación señalada, la cual fue previamente presentada como ponencia en el World Congress of Constitutional Law 2026, celebrado en Bogotá, Colombia.

Resumen

El presente artículo examina la garantía de motivación en las reparaciones dictadas en equidad por daños inmateriales, a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Tomando como punto de partida el estándar de suficiencia motivacional establecido en la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, que contempla una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, se evalúa si los criterios empleados por el máximo órgano de justicia constitucional satisfacen o no dicha exigencia al cuantificar compensaciones económicas destinadas a reparar afectaciones inmateriales. El estudio revela una aplicación recurrente y escasamente argumentada del criterio de equidad, caracterizada por la homogeneización de montos (alrededor los USD 5000,00), acompañada de razonamientos que, en determinados casos, resultan insuficientes. Esta tendencia no solo compromete la seguridad jurídica y la previsibilidad de las partes ante casos análogos, sino también la confianza en las decisiones de la Corte Constitucional, a pesar del carácter residual y excepcional de la equidad. Como respuesta, se plantean cinco lineamientos orientadores que, por su interdependencia y concurrencia, buscan condicionar el uso discrecional de la equidad a partir de los siguientes presupuestos: procedencia residual de la medida, complejidad valorativa del caso concreto, imposibilidad objetiva de cuantificar el daño (y calidad del accionado), proporcionalidad del *quantum* compensatorio y la transversalidad de una motivación reforzada.

Palabras clave

Garantía de motivación; reparación en equidad; daños inmateriales; Corte Constitucional del Ecuador; seguridad jurídica

Abstract

This article examines the guarantee of reasoned decision-making in equity-based reparations for non-pecuniary damages, drawing on the recent jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador. Using the standard of sufficient motivation established in Judgment n.º *1158-17-EP/21 as the starting point, which requires adequate factual and legal reasoning, this paper assesses whether the criteria employed by the highest constitutional court meet this requirement when quantifying economic compensation intended to redress immaterial harms. The analysis reveals a recurrent and poorly substantiated application of the equity criterion, marked by the homogenization of amounts (typically around USD 5000,00) and, in several cases, by reasoning that proves insufficient. This trend not only undermines legal certainty and predictability for the parties in similar cases, but also undermines confidence in the Constitutional Court's decisions, despite the residual and exceptional nature of equity. In response, this paper proposes five guiding principles that, through their interdependence and concurrence, seek to constrain the discretionary use of equity based on the following premises:*

the residual applicability of the measure, the evaluative complexity of the specific case, the objective impossibility of quantifying the harm (and the quality of the respondent), the proportionality of the compensatory quantum, and the cross-cutting requirement of enhanced reasoning.

Keywords
Guarantee of motivation; equitable reparation; non-pecuniary damages; Constitutional Court of Ecuador; legal certainty

1. Introducción

La garantía motivacional se erige, de manera transversal, como uno de los pilares del debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde la doctrina, la motivación no se reduce solo a un simple requisito formal, sino que configura una auténtica garantía destinada a asegurar la racionalidad judicial, la suficiencia argumentativa, el control social y un límite claro contra la arbitrariedad de toda autoridad pública.

En el derecho constitucional ecuatoriano, la motivación constituye una garantía del debido proceso que exige exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que sustentan las decisiones de las autoridades públicas. En materia de garantías jurisdiccionales, la equidad opera como un criterio residual y auxiliar que habilita al juzgador —frente a daños de carácter inmaterial— a fijar compensaciones pecuniarias cuando existe imposibilidad objetiva de cuantificar el daño.

Sin embargo, la aplicación de la equidad ha generado diversas problemáticas derivadas, *prima facie*, de la falta de criterios unificados. Esta situación bien podría dar lugar a decisiones excesivamente discrecionales que comprometen la seguridad jurídica, en tanto que afectan la previsibilidad, certeza y no arbitrariedad que deben caracterizar a las decisiones constitucionales. La presente investigación examina en qué medida la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, Corte o CCE) cumple con los estándares de motivación establecidos en su propia jurisprudencia, recogida en la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, al justificar compensaciones en equidad destinadas a reparar daños inmateriales.

Cabe señalar, además, que la extensión de la carga motivacional a la determinación del *quantum* de las medidas de reparación, constituye una premisa expresamente reconocida por la propia Corte, que ha sostenido que:

> [e]n el caso de sentencias que dispongan el pago de indemnizaciones [...], aunque en principio pueden existir dificultades para conmensurar en dinero intereses de las personas que carecen de significación patrimonial, **esto no implica que su avaluación o cuantificación judicial se encuentre excluida del deber de motivación** (énfasis añadido)[1].

En esa misma línea, la Sentencia n.º 192-17-EP/22 aclara que, precisamente debido a la dificultad de traducir monetariamente este tipo de daños, "debe existir una motivación suficiente sobre el peso específico o la relevancia de los criterios o pautas tomadas en consideración por el juzgador para asignarles valor y determinar la indemnización correspondiente"[2].

1 Ver sentencia n.o 192-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de septiembre de 2022, párr. 47.

2 Asimismo, la Corte había advertido que la falta o insuficiencia de motivación respecto de la cuantificación de los daños puede vulnerar el derecho a la defensa de las partes, al impedirles conocer los criterios empleados por el juzgador y, con ello, controvertirlos. Ver sentencia n.o 192-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 47.

De ahí que, la extensión de la carga motivacional a la determinación de medidas de reparación también tiene su asidero en la doctrina especializada. Correa, por ejemplo, enfatiza que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) —en el apartado de reparaciones— no constituyen una excepción al deber de "fundamentar", en observancia del artículo 66.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en tanto que el artículo 63.1 de ese mismo instrumento "no puede ser entendido como el otorgamiento de facultades arbitrarias para definir cuándo y qué formas de reparación son debidas"[3]. En sentido análogo, San Martín destaca que la argumentación jurídica y el principio de reparación integral se encuentran estrechamente vinculados, y que "respecto de la cuantía del daño moral [una categoría de daño inmaterial], los fallos deben dar razón de sus decisiones, fundamentándolas en parámetros o criterios destinados a evitar las arbitrariedades judiciales"[4].

La insuficiencia motivacional en la fijación del *quantum* no constituye, por tanto, un defecto meramente formal. La exteriorización de las razones y los criterios que sustentan una decisión es una condición para que sus destinatarios puedan conocer su argumentación y, en consecuencia, recurrirla. Cuando la Corte no justifica suficientemente la cuantía de una reparación en equidad, las partes carecen de elementos para identificar las razones que la condujeron y formular, en su caso, los recursos que correspondan. En este contexto, dado que los fallos de la CCE son definitivos e inapelables conforme al artículo 440 de la Constitución, la falta de fundamentación dificulta entender los motivos que permitieron arribar a un determinado monto.

En tal sentido, la afectación a la seguridad jurídica no se configura, *prima facie*, por el hecho de que casos análogos reciban montos disímiles. Se produce, además, cuando la reiterada fijación de compensaciones en equidad —ya sea mediante montos estandarizados o mediante cifras dispares— no permite identificar los parámetros que orientaron su determinación. La ausencia de criterios claros y consistentes genera incertidumbre sobre la forma en que se establecerán las compensaciones en supuestos similares y, con ello, compromete la previsibilidad de las decisiones.

3 El mismo autor coincide en que la Convención Americana admite que la valoración de daños y la determinación de las medidas de reparación "utilicen diferentes métodos". No obstante, su empleo debe guardar relación con las violaciones constatadas y con las consecuencias que de ellas se deriven, así como encontrarse "claramente fundamentados". Todo lo anterior, más aún, si se considera que las decisiones de la Corte IDH —tal como sucede con la CCE— no son susceptibles de recurso vertical, lo que hace necesario que el razonamiento que sustenta su determinación sea expuesto con una "clara fundamentación". Ver Cristian Correa, "Derecho a la reparación: Un peligroso precedente de la Corte Interamericana", Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2015. https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/derecho-a-la-reparacion-un-peligroso-precedente-de-la-corte-interamericana-7103.

4 Lilian San Martín, "Reparación integral y fundamentación del quantum indemnizatorio", *Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, 12 de enero de 2023, https://derecho.udd.cl/noticias/2023/01/lilian-san-martin-para-el-mercurio-legal-reparacion-integral-y-fundamentacion-del-quantum-indemnizatorio.

Metodológicamente, el trabajo se organiza en dos partes: en la primera, se analiza la suficiencia motivacional y el alcance de las reparaciones en equidad. Para ello, mediante un enfoque mixto y el empleo de los métodos deductivo y exegético, se analiza la motivación como garantía del debido proceso, la tipología de las deficiencias motivacionales y la naturaleza de la equidad como criterio reparatorio. En la segunda parte, se exponen los criterios utilizados por la Corte en su jurisprudencia desde 2021 para motivar sus reparaciones por concepto de daños inmateriales, identificando las tendencias jurisprudenciales, con particular atención a la homogeneización de montos en equidad y las posibles vulneraciones a la garantía de motivación en las reparaciones dictadas por daños inmateriales.

A su vez, si bien la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha desarrollado la reparación integral desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 2008, este estudio no pretende reconstruir dicha evolución. El análisis se concentra en el período 2021-2024, cuyo punto de partida coincide con la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, en la que la Corte se apartó expresamente del antiguo "test de motivación" y adoptó un nuevo criterio rector para evaluar la suficiencia de la fundamentación. Esta delimitación temporal permite centrar el análisis en la aplicación de dicho estándar a las reparaciones económicas ordenadas en equidad por daños inmateriales y mantener un intervalo completo y susceptible de examen sistemático.

Dentro de este marco temporal, la búsqueda jurisprudencial se concentró en las decisiones emitidas entre 2021 y 2024 que ordenaran expresamente un pago o compensación económica en equidad por concepto de daño inmaterial. A partir de estos criterios, el corpus quedó conformado por treinta y ocho fallos. Estos constituyen la base del análisis de los criterios empleados para determinar la reparación y la suficiencia de la motivación que los sustenta.

De lo anterior, si bien el daño material también puede presentar dificultades de cuantificación en determinados supuestos, en el ámbito patrimonial la determinación del monto reparable descansa, en la mayoría de casos, en peritajes técnicos que reducen de manera significativa el margen de discrecionalidad judicial y otorgan mayor previsibilidad al resultado. En cambio, es en la esfera inmaterial —caracterizada por la intangibilidad y subjetividad de bienes jurídicos como el honor, la integridad psíquica, el proyecto de vida y la dignidad— donde el criterio de equidad opera de manera residual y la insuficiencia motivacional se manifiesta con mayor claridad en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional. Por tal razón, el estudio se circunscribe a las reparaciones fundadas en equidad por daños de carácter inmaterial.

De este modo, a través de un análisis dogmático se evalúa la coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia de la Corte, con relación a los estándares de suficiencia motivacional; desarrollando, finalmente, parámetros

orientados a condicionar la procedencia de las reparaciones en equidad, supeditados al cumplimiento concurrente e interdependiente de cinco presupuestos. Todo lo anterior con el objeto de fortalecer la seguridad jurídica y asegurar una reparación proporcional y adecuada a la gravedad y a las particularidades de cada caso.

2. Una aproximación al estándar de suficiencia motivacional en Ecuador

El deber de motivar las decisiones judiciales se encuentra íntimamente ligado al debido proceso y halla su anclaje normativo en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, Constitución o CRE), que impone la obligación de justificar racionalmente todo acto y resolución emanado del poder público, so pena de nulidad en caso de incumplimiento[5]. De ahí que la motivación trascienda su dimensión meramente formal y constituya una garantía en sentido estricto, en tanto se encuentra normativamente reconocida como un mecanismo destinado a proteger directamente los derechos al debido proceso y a la defensa. Asimismo, opera no únicamente respecto de las decisiones jurisdiccionales, sino que exige un estándar mínimo de fundamentación sobre el cual debe sustentarse cualquier decisión.

Por su parte, la posibilidad de subsumir —esto es, de verificar si un determinado presupuesto fáctico resulta encuadrable dentro del ordenamiento jurídico— constituye uno de los tantos mecanismos interpretativos de los que dispone el juzgador, particularmente idóneo en los denominados "casos fáciles" puestos en su conocimiento. Esto sin perjuicio de que, a través de la sana crítica, también se ha venido habilitando al juez la facultad de recurrir a otros métodos (sistemático, teleológico, ponderativo, entre otros) según las particularidades del caso y la exigencia de identificar el nexo entre el supuesto fáctico y la norma aplicable.

Así, la motivación, en tanto garantía inherente del debido proceso, impone a los juzgadores la carga de exteriorizar las razones que sostienen sus resoluciones. Su incumplimiento impide conocer los fundamentos de la decisión y dificulta su control, lo que puede propiciar actuaciones arbitrarias[6]. En esa misma dirección, la Corte IDH ha mantenido una postura uniforme sobre el tratamiento de la motivación, definiéndola como "la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"[7], criterio que se articula con el artículo 8 de la CADH, que consagra las garantías judiciales y, entre ellas, el deber de fundamentar las decisiones de toda autoridad judicial.

5 Ver, Artículo 76.7. l. Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. 449, 20 de octubre de 2008, artículo 76.7. l.

6 Ver, Leonardo Serrano-Vázquez et al., "Análisis de los parámetros de la motivación judicial en el Ecuador", *Iustitia Socialis* 5, n.º 1 (febrero 2020): 358. https://doi.org/10.35381/racji.v5i1.616.

7 Ver, Caso Apitz Barbera y otros c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008, párr. 77.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta armonía doméstica-convencional resulta pertinente en cuanto integra el parámetro de protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana y orienta la interpretación de las garantías del debido proceso, sin perjuicio del estándar específico desarrollado por la Corte Constitucional ecuatoriana.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en similar sentido, ha convergido en esta línea al exigir que las decisiones de los órganos internos que inciden sobre derechos humanos se encuentren debidamente fundamentadas. Particularmente, dicho Comité puntualizó que:

> […] no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales"[8].

Cabe precisar que el estándar enunciado por el Comité de Derechos Humanos no se limita a exigir que la decisión esté argumentada, sino que además sea "correcta" y "justa". Esta exigencia trasciende la mera suficiencia argumentativa y se aproxima, por el contrario, a un examen de corrección material de la decisión. Ello contrasta con el estándar adoptado por la propia CCE —en armonía con los criterios empleados por la Corte IDH— conforme al cual la obligación de motivar constituye una obligación de medios y no de resultado, de manera que lo exigible no es la favorabilidad del fallo, sino la exposición de un razonamiento suficiente que permita comprenderlo y justificarlo.

Lo anterior evidencia que la arbitrariedad no se agota en la sola contravención de una norma positiva, sino que abarca toda decisión que resulte imprevisible, con independencia de su aparente legalidad formal. En ese orden, Garza y Álvarez plantean que la motivación de las sentencias opera como condición de validez de los actos emanados de la Administración pública, funcionando como un límite frente a los posibles excesos del poder estatal[9]. A su vez, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) refuerza este mandato al exigir que los jueces se pronuncien sobre los "argumentos y razones relevantes expuestos durante el proceso por las partes y los demás intervinientes"[10]. Asimismo, en el plano doméstico, el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador reconoce expresamente el deber de los juzgadores de "motivar debidamente sus resoluciones"[11].

8 Ver Caso Albert Womah Mukong c. Camerún, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 10 de agosto de 1994, párr. 9.8.

9 Ver Daniel Garza y Carlos Álvarez, "Análisis holístico de la argumentación y la motivación de la Sentencia según el derecho procedimental", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 47 (enero 2019): 9: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421210&d=1.

10 Ver, Artículo 4.9. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R. O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

11 Ver, Artículo 130.4. Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R. O. Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

En el ámbito nacional, la jurisprudencia de casación ecuatoriana ha reiterado que la motivación constituye "una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria"[12]. Frente a este panorama, la CCE ha asumido un rol preponderante en la sistematización de los criterios que dotan de contenido a esta garantía, distanciándose de manera explícita del rígido "test de motivación" —establecido jurisprudencialmente en 2012[13]— para adoptar, a partir de una interpretación literal y sistemática de la Constitución, un criterio rector basado en la suficiencia de la fundamentación, cuya inobservancia origina una serie de deficiencias motivacionales. Por su parte, desde el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha aportado un criterio especialmente útil para delimitar el alcance de esta garantía, enfatizando que:

> la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a la complejidad del asunto, las materias alegadas y los hechos del caso. De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos en torno de los cuales gira la controversia y, si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración[14].

Es posible extraer dos conclusiones de este pronunciamiento: (1) que la exigencia de motivación no opera de manera uniforme, sino que se condiciona por tres parámetros; (1.1) la complejidad del asunto; (1.2) los hechos controvertidos y (1.3) los argumentos invocados por las partes, entre los cuales el juzgador está obligado a abordar, en particular, los que constituyan núcleos centrales del debate, debiendo justificar expresamente cualquier omisión respecto de ellos; y (2) que el juzgador está obligado a pronunciarse sobre las cuestiones en torno a las cuales gira la controversia, aduciendo la razón que justifique, en su caso, abstenerse de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración. La vulneración de esta garantía puede materializarse bien por omitir pronunciamiento sobre argumentos sustanciales (afectando el derecho de defensa material) o por resolver cuestiones ajenas al objeto de la *litis*.

En este punto resulta pertinente recordar la advertencia formulada por la Corte IDH en el caso Hernández c. Argentina, según la cual la obligación de motivar

12 Ver Causa n.º 2331-2017-01429, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 25 de agosto de 2023, párr. 38.

13 La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en su Sentencia n.º 227-12-SEP-CC, examinó la motivación y la vinculó con tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Al hablar de razonabilidad, esta hacía referencia a aquellas decisiones basadas en principios constitucionales. La lógica implicaba una conexión entre las premisas y la conclusión. Y la comprensibilidad, a un lenguaje claro abierto al control social. Ver Sentencia n.º 227-12-SEP-CC, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 21 de julio de 2012, p. 14.

14 Ver Sentencia T-709, Corte Constitucional de Colombia, 8 de septiembre de 2010, p. 6.

no se mide en función de la favorabilidad del resultado para el peticionario, sino que constituye una obligación de comportamiento[15]. En consecuencia, lo exigible no es la obtención de un determinado fallo, sino la exposición de un razonamiento suficiente que permita comprender y justificar la decisión adoptada. En última instancia, la motivación y discrecionalidad mantienen una relación de complementariedad, pues permite verificar que la facultad de decisión conferida por la norma haya sido ejercida dentro de sus límites jurídicos y en atención a la plataforma fáctica del caso.

Esta armonía jurisprudencial ha sido expresamente reafirmada por la Corte en la Sentencia n.º 1852-21-EP/25, en la cual se consolidó la distinción conceptual entre el deber de motivación (entendido como el ideal de corrección fáctica y normativa de las decisiones) y la garantía de la motivación (asociada exclusivamente a la suficiencia argumentativa como presupuesto del derecho a la defensa)[16]. En dicho fallo, la CCE enfatizó que la garantía motivacional no asegura que una decisión sea "correcta" en el fondo, sino que reúna una estructura argumentativa mínimamente completa (fáctica y normativamente suficiente). Así, mientras la incorrección del razonamiento cuenta con vías impugnatorias ordinarias, la falta de suficiencia enerva la validez de la decisión por traducirse en una clara indefensión[17]. Asimismo, la Corte puntualizó que el estándar de suficiencia es de carácter variable, pues su argumentación depende de la naturaleza de la causa. En el ámbito de las garantías jurisdiccionales, se exige un estándar reforzado, acorde con su finalidad de protección de los derechos fundamentales y con la necesidad de que la decisión permita determinar adecuadamente la existencia o no de su vulneración.

3. Tipología de deficiencias motivacionales y la motivación por remisión

Mediante Sentencia n.º 1158-17-EP/21, la Corte, actuando como el "máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia"[18], se apartó expresamente del conocido test de motivación fijado por la conformación anterior y estableció que el criterio rector de dicha garantía exige que toda decisión judicial y acto jurisdiccional cuenten con "elementos mínimamente argumentativos" que configuren una "estructura mínima". Dicha estructura, para considerarse "mínimamente completa", impone al juzgador tres cargas concurrentes, a saber: (i) identificar las normas o principios jurídicos que respaldan su decisión; (ii) establecer los fundamentos de hecho, sobre la base del acervo probatorio; y (iii) justificar la pertinencia de la solución jurídica adoptada a los antecedentes fácticos[19].

15 Ver Caso Hernández c. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2019, párr. 137.
16 Ver Sentencia n.º 1852-21-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de febrero de 2025, párr. 15.
17 Id., párr. 16.
18 Ver, Artículo 429, CRE.
19 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación), Corte Constitucional del Ecuador, 20 de octubre de 2021, párr. 58.

En suma, la aplicación del criterio rector integra dos elementos necesarios: (a) una fundamentación fáctica suficiente y (b) una fundamentación jurídica suficiente. La Corte IDH, en tal sentido, también advirtió —en el caso López Lone y otros c. Honduras— que no habrá motivación cuando la decisión se limite a la "mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas"[20]; así como que tampoco bastará la "mera descripción de las actividades o diligencias realizadas"[21] para satisfacer dicha garantía. Lo que se requiere, en cambio, es que el juzgador "entrañ[e] un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del derecho [y acervo probatorio] en las que se funda su decisión"[22].

Esta exigencia de razonamiento exteriorizado no es solo exclusiva de los fallos. Cabe advertir, en todo caso, que esta exigencia de motivación no se agota en la actividad jurisdiccional. El propio artículo 76 de la CRE extiende las garantías del debido proceso —entre ellas, la motivación— a "todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden"[23]. Véscovi apunta que la motivación opera como un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico[24], que alcanza no únicamente a las sentencias, sino a toda providencia que resuelva cuestiones incidentes en derechos subjetivos[25]. Paredes et al. refuerzan esta lectura al afirmar que los jueces, en su condición de garantes de derechos, no pueden prescindir de ninguno de estos elementos —ni los descriptivos ni los intelectivos— sin privar a su decisión de motivación suficiente y abrir la puerta a la discrecionalidad excesiva y al razonamiento falso[26]. Taruffo añade que solo una fundamentación construida sobre "buenas razones y argumentos lógicamente correctos" puede reputarse "válida y aceptable"[27].

Ahora bien, la propia Corte reconoce que la motivación "puede alcanzar diversos grados de calidad, pudiendo ser mejor o peor"[28], y que el umbral de suficiencia varía según la situación jurídica objeto de modificación. En este sentido, la garantía de motivación no exige un determinado grado de corrección sustantiva de la decisión, sino que la autoridad exteriorice una fundamentación suficiente que permita comprender las razones de lo decidido. Así, la exigencia constitucional se satisface cuando la decisión

20 Ver Caso López Lone y otros c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de octubre de 2015, párr. 265.
21 Ver Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de marzo de 2018, párr. 189.
22 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 61.1.
23 Ver, Artículo 76.7. l, CRE.
24 Ver Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Temis, 1985), 110.
25 A pesar de existir distintas teorías elaboradas sobre el derecho subjetivo, este se puede concebir, en palabras de Escobar, como aquel "atributo que, habiendo sido normativamente concedido, se traduce en la facultad [en un sentido muy amplio o en una pretensión] de obrar para la satisfacción de un interés propio". Ver Freddy Escobar, "El derecho subjetivo: Consideraciones en torno a su esencia y estructura", *IUS ET VERITAS* 9, n.º 16 (noviembre 1998): 293. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781/16214.
26 Ver Wilson Paredes et al., "La motivación como una garantía del debido proceso en el sistema de aplicación de justicia ecuatoriana", *Revista Universidad y Sociedad* 14, n.º S4 (agosto 2022): 677. https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3181.
27 Ver Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013), 106.
28 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 22.

contiene los elementos argumentativos necesarios para justificar la solución adoptada, de acuerdo con las particularidades del caso. El Tribunal Constitucional español lo sintetizó con precisión al señalar que "las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia"[29].

Cuando la fundamentación no alcanza ese umbral de suficiencia, resulta necesario identificar la forma concreta en que se configura la deficiencia motivacional. De ahí que la Corte, a partir de la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, construyó una tipología —abierta y no taxativa— que distingue tres deficiencias motivacionales: (1) la inexistencia, (2) la insuficiencia y (3) la apariencia. Esta última, a su vez, alberga cuatro vicios específicos: (3.1) la incoherencia, (3.2) la inatinencia, (3.3) la incongruencia y (3.4) la incomprensibilidad[30].

La inexistencia representa el supuesto más radical, toda vez que se presenta cuando la resolución carece en absoluto de una estructura mínimamente completa, esto es, cuando no hay fundamentación normativa ni fáctica de ninguna clase[31]. La insuficiencia, en cambio, presupone que algo de fundamentación existe —tanto en el plano jurídico como en el fáctico— pero que alguna de esas dimensiones no llega al estándar exigido[32]. Summers añade que hay insuficiencia cuando se satisfacen formalmente los requisitos de una justificación, pero las razones ofrecidas no resultan idóneas para sostener los enunciados fácticos o jurídicos sobre los que descansa la decisión[33].

La apariencia motivacional, por su parte, se da cuando, *prima facie*, existe una fundamentación fáctica y/o normativa suficiente, pero alguna de ellas padece de un vicio que la invalida. De esa categoría derivan los cuatro vicios ya enunciados. La incoherencia puede ser lógica (cuando las premisas del razonamiento no guardan relación entre sí) o decisional (cuando la conclusión de la argumentación contradice la parte resolutiva del fallo). En ambos casos, la vulneración se produce al interior del propio razonamiento judicial. La inatinencia, por el contrario, supone que el juzgador invoca razones que no tienen "nada que ver"[34] con el punto de controversia, sin conexión con el problema jurídico que debía resolver.

La incongruencia opera en un plano diferente: se configura cuando el juzgador omite responder a los argumentos relevantes de las partes (incongruencia frente a las partes) o cuando soslaya cuestiones propias del ordenamiento jurídico o de

29 Ver Sentencia STC 176/1985, Tribunal Constitucional de España. Citado en Jordi Ferrer, "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", *Isonomía*, n.º 34 (abril 2011): 94, https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635640005.pdf.
30 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 66.
31 Id., párr. 67.
32 Id., párr. 69.
33 Ver Robert Summers, *Las razones sustantivas y la interpretación del derecho en el* common law (Lima: Palestra, 2020), 58.
34 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 80.

problemas conexos a la decisión (incongruencia frente al derecho). Sobre este vicio conviene matizar lo siguiente: la Corte IDH, en el caso López y otros c. Argentina, aclaró que el deber de motivar derivado del artículo 8.1 de la CADH "puede variar según la naturaleza de la decisión, por lo que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía [motivacional] ha sido satisfecha"[35]. De ahí que no todo argumento exija pronunciamiento detallado, sino solo aquellos cuya incidencia sea determinante para la resolución del problema jurídico.

La incomprensibilidad, finalmente, se produce cuando los argumentos que sustentan la decisión no resultan "razonablemente inteligibles"[36], incluso para un profesional del derecho. La Corte ha precisado que esta deficiencia solo vulnera la garantía de motivación si, dejando de lado esos fragmentos, no queda una argumentación jurídica suficiente[37]. En esa línea, la Corte IDH, en el caso Chinchilla Sandoval c. Guatemala, ha reiterado que todo fallo debe contener una exposición clara, precisa y sin ambigüedades de las razones que lo sostienen[38].

Ahora bien, clasificar de manera taxativa todas las anomalías posibles que pueden afectar la motivación judicial es, desde luego, una tarea heterogénea. Distinto es el caso cuando se examina la motivación *per relationem*[39], figura que merece un tratamiento específico. Para la Corte, que un juzgador haga propias —total o parcialmente— las razones jurídicas contenidas en una decisión anterior no vulneran, *per se*, el criterio rector de la motivación, si y solo si emite un pronunciamiento autónomo sobre la "suficiencia y fundamentación de dicha sentencia"[40].

Sin embargo, la literatura procesal advierte que esta modalidad no puede aplicarse de manera genérica toda vez que no basta su mera repetición sin evaluar su pertinencia en el caso concreto[41]. No en vano, su legitimidad queda condicionada al cumplimiento de los requisitos que Caputo sistematiza en los siguientes términos:

> i) haga referencia, receptiva o por simple reenvío, a un acto justificativo legítimo de un fallo cuya motivación resulte congruente con la causa de destino; ii) demuestre que el juez ha tomado conocimiento del contenido sustancial de las razones del fallo de referencia y las ha considerado racionalmente coherentes para su decisión; y iii) que el fallo de referencia, siempre que no se adjunte o se transcriba en la parte que resulte útil, sea conocido por todos los intervinientes —o al menos

35 Ver Caso López y otros c. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2019, párr. 137.
36 Ver Sentencia n.º 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 95.
37 Id., párr. 98.
38 Ver Caso Chinchilla Sandoval c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de febrero de 2016, párr. 248.
39 También llamada motivación judicial por remisión.
40 Ver Sentencia n.º 1898-12-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 3 de diciembre de 2019, párr. 29.
41 Ver Rodrigo Beltrán, "Los vicios de la motivación como causa del error judicial: un primer esbozo", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 2 (mayo-agosto 2024): 14. https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/download/924/529/3724

> demostrable para ellos—, de forma tal que puedan efectuar una apreciación crítica y juiciosa de su pertinencia y aplicación[42].

Conviene cerrar este apartado con una distinción conceptual que la práctica suele confundir: la motivación *per relationem* no equivale a la motivación implícita. Esta última ocurre cuando las razones que justifican un punto de la decisión se desprenden lógica y jurídicamente de otro punto de la misma sentencia[43]; el reenvío, en ese caso, es interno al propio fallo y no requiere acudir a ninguna decisión externa.

4. El control de discrecionalidad en la motivación judicial

Antes de abordar la relación entre motivación y discrecionalidad, es menester detenerse en el contenido de este último concepto. Félix lo define como el margen de libertad que tiene la autoridad judicial para adoptar decisiones, conforme a los estándares que estime justificadamente suficientes, cuando la norma jurídica aplicable presenta indeterminación o un carácter abierto[44]. Este margen, sin embargo, no habilita al juez para actuar con libre arbitrariedad, siendo que sus decisiones quedan sujetas al ordenamiento jurídico, los principios y estándares judiciales[45].

La facultad discrecional debe operar, pues, dentro del principio de legalidad. Cuando se desvincula de él, sobreviene lo que Segovia denomina un "estado de arbitrariedad en toda su extensión"[46]. Esta conexión entre motivación, discrecionalidad y seguridad jurídica ha sido reconocida por la Corte IDH en el marco del artículo 8.1 de la CADH, al establecer que toda norma debe ser:

> i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa y iii) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado "test de previsibilidad", el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma[47].

42 Ver Angelo Caputo, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione* (Milán: Giuffrè, 2021), 79-80, citado en Rodrigo Beltrán, "Los vicios de la motivación como causa del error judicial: Un primer esbozo", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 2 (mayo-agosto 2024): 15, https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/download/924/529/3724.

43 Ver Ennio Amodio, "Motivazione della sentenza penale", *Enciclopedia del Diritto* 27 (1977): 230, citado en Rodrigo Beltrán, "Los vicios de la motivación como causa del error judicial: un primer esbozo", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 2 (mayo-agosto 2024): 15, https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/download/924/529/3724.

44 Ver Pablo Félix, "La discrecionalidad judicial y la sanción", *Revista Jurídica Derecho* 5, n.º 6 (noviembre 2017): 25. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8984750.

45 Ver Juan Sampol, "El concepto de discrecionalidad y su control", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 37 (diciembre 2003): 340. https://doi.org/10.30827/acfs.v37i0.1096.

46 Ver Luis Segovia, "Alcance de la motivación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador", tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2022, 49.

47 Ver Caso López Mendoza c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2011, párr. 199.

Desde esa perspectiva, la discrecionalidad judicial es el producto de una elección que, sin ser arbitraria, es el resultado de una serie de posibilidades correctas. El juzgador, entonces, selecciona entre las posibilidades válidas que la norma ofrece, pero no puede salirse de ese marco. Para delimitar dónde termina la discrecionalidad y comienza la arbitrariedad, un sector de la doctrina identifica cuatro condiciones que permiten determinar si el ejercicio de una potestad discrecional se mantiene dentro de los límites jurídicamente admisibles: (1) conformidad con la ley, sin posibilidad de contradecirla; (2) correspondencia con la finalidad de la potestad; (3) observancia de los criterios explícitos o implícitos establecidos por la ley; y (4) respeto a los principios generales del derecho[48].

Lo anterior conduce a la conclusión de que la discrecionalidad razonada no excede los límites del ordenamiento jurídico, sino que se enmarca en él, ofreciendo una solución racional frente a lagunas, antinomias o formulaciones normativas vagas. Por tal motivo, el juez que ejerce esta facultad debe sujetarse, según la naturaleza y jerarquía de la norma aplicable, a las reglas y métodos de interpretación previstos en el ordenamiento jurídico. En materia constitucional, ello comprende las reglas establecidas en la Constitución y en la LOGJCC; mientras que, tratándose de normas infraconstitucionales, resultan aplicables las reglas específicas de interpretación previstas, entre otras disposiciones, en el artículo 18 del Código Civil, sin perjuicio de su necesaria interpretación conforme a la CRE y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[49]. Masciotra sintetiza este punto con claridad:

> La "discrecionalidad judicial" resulta de la indeterminación del derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes-deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico. Consiste en la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros, en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado. Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e indeterminada, siempre debe ser debidamente fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad. Más que una prerrogativa debe ser entendida en términos de responsabilidad jurisdiccional[50].

Ahora bien, la intensidad del ejercicio argumentativo del juzgador debe ser proporcional al grado de discrecionalidad que ostenta; en otras palabras, a mayor margen de apreciación y discrecionalidad, mayor exigencia motivacional, pues la fundamentación es el mecanismo que permite salvaguardar la

48 Ver, José Arana, "Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la Ley española de procedimiento administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n.º 67 (junio 2011): 66, https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.010.

49 Ver, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, artículo 14.1.

50 Ver, Mario Masciotra, "El poder discrecional de los jueces", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 41 (junio 2015): 115, https://doi.org/10.32853/01232479.v41.n41.2015.369.

seguridad jurídica. En ese sentido, De la Vega y Soto apuntan que la motivación "debe observar la dimensión y repercusión social del proceso"[51].

En contraste, el principal límite de la discrecionalidad está representado por la arbitrariedad. Una decisión arbitraria no solo erosiona el control jurisdiccional, sino que compromete la legitimidad del poder judicial en su conjunto. La Corte IDH vinculó expresamente la motivación a la "recta administración de justicia, que les garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados por las razones que el derecho otorga, a la vez que brinda credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática"[52].

Calificar un acto como arbitrario no equivale, por tanto, a señalar que contraviene formalmente la ley. Otero advierte lo anterior al señalar que, "aunque hipotéticamente un acto arbitrario buscase únicamente alcanzar la justicia, tendríamos que negar su bondad jurídica como una forma inadecuada de conseguir un fin adecuado"[53]. La arbitrariedad es, en definitiva, una negación de lo jurídico en su dimensión sustantiva. Ruiz ya señalaba que servirse del ordenamiento para aplicar la ley de modo selectivo —para ciertas personas y en ciertos casos— constituye arbitrariedad[54], con independencia del resultado de "justicia" que se pretenda alcanzar.

Dicho esto, cabe preguntarse cómo se racionaliza y controla el ejercicio discrecional del juez cuando el ordenamiento jurídico emplea conceptos cuyo contenido no puede determinarse completamente *a priori*. Una herramienta en esta dirección son los conceptos jurídicos indeterminados. García de Enterría y Fernández los describen como aquellos supuestos en que la ley "define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos […], bien porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser bien precisados en su enunciado ya que no admite una cuantificación o determinación rigurosa"[55]. En idéntico sentido, Huerta añade que:

> Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de determinados hechos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la discrecionalidad[56].

51 Ver, Aurora de la Vega y Freddy Soto, *Investigación jurídica comparada* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 70.
52 Ver, Caso Mina Cuero c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2022, párr. 94.
53 Ver, Miguel Otero, "La arbitrariedad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 12 (diciembre 1995): 393. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1561.
54 Ver, Virgilio Ruiz, *Filosofía del derecho* (Toluca: Instituto Electoral del Estado de México, 2009), 103.
55 Ver, Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Thomson Civitas, 2011), 481.
56 Ver, Tania Huerta, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012), 67.

Esto pone de manifiesto que ciertas normas incorporan, de manera implícita, criterios flexibles[57] a través de expresiones como "razonable", "proporcional" o "en equidad". En estos casos, la habilitación normativa para recurrir a la equidad no permite al juzgador fijar el monto de la reparación conforme a su sola apreciación subjetiva; por el contrario, le exige concretar el contenido de ese concepto jurídico a la luz de las circunstancias particulares del caso. Así, la norma determina el marco jurídico dentro del cual puede ejercerse el margen de apreciación, mientras que la plataforma fáctica —integrada por los daños alegados y el acervo probatorio— proporciona los elementos que permiten concretar ese marco en una decisión determinada.

De ahí que la discrecionalidad judicial en materia de reparaciones en equidad no pueda entenderse como una "libertad absoluta" para fijar cualquier *quantum*, sino que responde a ser un límite de apreciación jurídicamente delimitado cuya concreción exige una motivación reforzada. Por tanto, el juez debe explicar por qué, a partir de los hechos acreditados, el monto establecido constituye una respuesta "adecuada" y "razonable" para el caso concreto.

5. La compensación por daños inmateriales: la reparación integral como principio rector

Uno de los ámbitos en los que este ejercicio de discrecionalidad se manifiesta con mayor intensidad es, precisamente, al ordenar medidas de reparación. La reparación integral halla su fundamento en la "justiciabilidad y exigibilidad de los derechos garantizados en la Constitución"[58]. No obstante, en la práctica, su ejecución tropieza con frecuencia con procesos de cumplimiento imperfecto o tardío, quedando su realización a discrecionalidad del Estado o del propio accionado.

Desde la doctrina de la Corte IDH, es posible definirla como el conjunto de medidas orientadas a "restituir el derecho vulnerado y mejorar la situación de las personas afectadas"[59]. Las reparaciones, así entendidas, no crean derechos nuevos, sino que se anclan al concepto de restitución, que en numerosos casos incorpora una compensación de carácter pecuniario. En el plano normativo ecuatoriano, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, RSPCCC) concibe a la reparación como "el conjunto de medidas tendientes a hacer desaparecer o remediar los daños de las vulneraciones a derechos constitucionales o derechos humanos"[60].

57 Lo que en doctrina se conoce como "normas de textura abierta" o "nociones jurídicas imprecisas". Asimismo, cabe hacer mención de que estos conceptos jurídicos indeterminados no son necesariamente negativos, pues en muchas ocasiones constituyen parte intrínseca del derecho.

58 Ver, Mayra Salazar y Karin Jaramillo, "La reparación integral en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Latam Iuris* 4, n.º 5 (noviembre 2023): 1001, https://doi.org/10.56712/latam.v4i5.1372.

59 Ver, Ximena Ron, "La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica UEES* 1, n.º 2 (enero 2022): 36, https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/view/942.

60 Ver, Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional [RSPCCC], R. O. Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, artículo 98.

Su procedencia, por tanto, está condicionada a la verificación previa de una vulneración de derechos fundamentales[61]. Acreditada dicha vulneración, el artículo 86, numeral 3, de la CRE impone al juez la obligación de disponer, mediante sentencia "la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse"[62]. Esta exigencia de individualización y modulación de las medidas —reforzada por el artículo 18 de la LOGJCC— ha sido sistematizada por la Corte en su jurisprudencia, señalando que son los juzgadores quienes deben: (1) identificar los sujetos beneficiarios de las reparaciones y las obligaciones correspondientes; (2) precisar el tipo de medida que se ordena; y (3) especificar las circunstancias de tiempo, lugar y modo para su cumplimiento[63].

En este marco, la *restitutio in integrum* constituye la modalidad de reparación por excelencia frente a violaciones de derechos humanos. Sin embargo, su aplicación no siempre es posible, toda vez que ciertos bienes jurídicos —como la vida, la integridad física, psicológica o sexual— no admiten retrotracción, como ocurre paradigmáticamente en casos de ejecuciones extrajudiciales, homicidios o torturas. En tales supuestos, dictar esta medida no resultaría "suficiente o adecuada"[64], lo que obliga a explorar otras formas creativas y adecuadas de reparación.

Al respecto, el catálogo de medidas previsto en el artículo 18 de la LOGJCC —que recoge los estándares del sistema interamericano— no tiene carácter taxativo. Una lectura sistemática de esta disposición permite concluir que la reparación integral abarca un espectro amplio de posibilidades, resultando que:

> La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud […][65].

Esta cláusula abierta en materia de reparaciones es la que lleva a Guzmán, Aguirre, Ávila y Ron a sostener que "la reparación integral debe implicar un reto para la juzgadora o juzgador"[66]. La CCE ha anticipado este planteamiento en su Sentencia n.º 146-14-SEP-CC, en la que subrayó que:

61 Ver, Artículo 6, LOGJCC.
62 Ver, Artículo 86.3, CRE.
63 Ver, Sentencia n.º 18-16-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de septiembre de 2022, párr. 57.
64 Ver, Caso Blake c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de enero de 1998, párr. 42.
65 Ver, artículo 18, LOGJCC.
66 Ver, Ramón Guzmán et al., *Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018), 24.

> [l]os jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona[67].

De este pronunciamiento es plausible extraer tres premisas que estructuran el modelo reparatorio constitucional ecuatoriano: primero, los jueces tienen el deber de ser creativos en la determinación de las medidas; segundo, la reparación integral no puede reducirse a su dimensión económica; y tercero, la proporcionalidad y racionalidad de las medidas deben calibrarse en función del tipo de violación, las circunstancias del caso y el impacto sobre el proyecto de vida de la víctima. Conviene precisar que la existencia de parámetros generales[68] no equivale, por sí sola, a contar con una metodología suficientemente articulada para su aplicación uniforme y motivada al fijar el *quantum* reparatorio en equidad.

Bajo esa lógica, la Corte ha fijado tres elementos que todo juzgador debe considerar al momento de ordenar medidas de reparación integral: (i) el nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido; (ii) los daños concretos sufridos por la víctima; y (iii) los derechos fundamentales vulnerados[69]. Dichos criterios constituyen, por tanto, un marco general para orientar la decisión, pero no garantizan, por sí mismos, cómo deben ponderarse las circunstancias particulares de cada caso para justificar el monto concreto de una reparación en equidad. Esta cuestión será examinada a partir de la jurisprudencia seleccionada en las secciones siguientes.

5.1. El daño inmaterial y su dificultad valorativa

La temática de las reparaciones representa, en su dimensión más amplia, la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, lo que exige que toda reparación adecuada abarque tanto la esfera material como la inmaterial del daño. En este marco, Granda y Herrera identifican los principios que deben orientar cualquier medida de reparación, siendo que:

> La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido […]. [En tanto], con el fin de satisfacer los principios de

67 Ver, Sentencia n.º 146-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de octubre de 2014, p. 49.
68 Como los fijados en la Sentencia n.º 146-14-SEP-CC o los criterios empleados en el caso Furukawa.
69 Ver, Sentencia n.º 8-19-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2022, párr. 40.

> dignidad, no discriminación y no estigmatización, se debe otorgar un tratamiento justo e igualitario a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Ello supone tomar en cuenta las necesidades de todas las víctimas[70].

Con base en lo expuesto, este trabajo circunscribe su análisis al daño inmaterial, sin extenderse al daño de carácter material. Como se anticipó en la introducción, en el ámbito patrimonial, la cuantificación suele apoyarse en peritajes técnicos que limitan considerablemente el margen de discrecionalidad y dotan de mayor previsibilidad a los fallos, de modo que el riesgo de vulnerar el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la CRE, es menor, dado que no se afectarían "situaciones jurídicas concretas de forma injustificada o arbitraria"[71]. La propia Corte ha sido enfática en señalar que "la cuantificación de la medida material [o patrimonial] de reparación integral dispuesta en estos casos debe necesariamente estar basada en criterios objetivos"[72].

Aclarado el tratamiento del daño material, el criterio de equidad cobra protagonismo en el plano inmaterial, donde el juez debe recurrir a criterios subjetivos-axiológicos para cuantificar afectaciones de naturaleza personalísima. Y aquí reside la dificultad central, dado que los daños inmateriales no son valorables *in extenso* en dinero. Su rasgo definitorio radica en la intangibilidad y la subjetividad que les son inherentes. Bienes como el honor, la intimidad, la integridad psíquica o afectaciones al proyecto de vida no se traducen directamente a magnitudes económicas; su valoración depende, en buena medida, de la percepción del propio afectado y de la apreciación axiológica del tribunal.

Frente a esta realidad, tampoco existe una estandarización de criterios indemnizatorios, pues el monto dictado en equidad —al menos en teoría— debería variar según la tipología del daño inmaterial que, conforme a la jurisprudencia interamericana, puede clasificarse en: (i) daño al proyecto de vida; (ii) daño moral o psicológico; y (iii) daños colectivos y sociales[73]. La propia Corte IDH ha advertido que, si bien para indemnizar daños morales cabe "recurri[r] a los «principios de equidad»", ello "no significa que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios"[74]. Por el contrario, el Tribunal propende a verificar *in situ* las cifras que sirven de base a sus montos compensatorios, a través de actuaciones "prudentes y razonables". La equidad, así entendida, no es sinónimo de libre arbitrio, sino más bien una herramienta de ponderación racional que opera donde los parámetros objetivos resultan insuficientes, sin que ello exima al juzgador de su obligación de fundamentar adecuadamente.

70 Ver, Gina Granda y Cristóbal Herrera, "Reparación integral: Principios aplicables y modalidades de reparación", *Ius Humani: Revista de Derecho* 9, n.º 1 (junio 2020): 258. https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209.

71 Ver, Sentencia n.º 1797-18-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de diciembre de 2020, párr. 45.

72 Ver, Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 337.

73 Para más información, ver Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2013, párrs. 466-476; ver también Caso Munárriz Escobar y otros c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de agosto de 2018, párrs. 137-147.

74 Ver, Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de septiembre de 1993, párr. 87.

A diferencia de lo que ocurre con el daño material, no existen ni parámetros técnicos que permitan cuantificar de forma objetiva este tipo de afectaciones. Esta dificultad de valoración es, precisamente, lo que habilita —de manera residual y excepcional— el uso del criterio de equidad, el cual será examinado en el siguiente apartado.

5.2. El arbitrio judicial frente a la práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador

Precisada la dificultad conceptual que entraña la valoración del daño inmaterial, corresponde ahora examinar cómo esta se traduce en la práctica jurisprudencial de la CCE. La variabilidad en la fijación de montos reparatorios en esta esfera atiende a la equidad como método y regla de interpretación constitucional, reconocida, además, por el artículo 8 de la LOGJCC. En todo caso, el daño inmaterial fue abordado tempranamente por la Corte IDH, que señaló que:

> [S]olo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos[75].

Queda pendiente, sin embargo, delimitar qué debe entenderse por "aplicación razonable del arbitrio judicial". Esta expresión ha operado, en la práctica interamericana, como una suerte de pauta de justificación a la que se acude —con frecuente uso de motivación *per relationem*— cuando el tribunal dicta reparaciones pecuniarias por vulneraciones a derechos personalísimos. Cortés aproximó este concepto señalando que "se trata, en lo común, de todas aquellas decisiones, estimaciones o actos del juez que, excepcionalmente, no están enmarcados dentro de los límites rígidos e inflexibles de lo legal, sino dejados de manera intencional"[76]. El propósito pareciera ser evitar que el juzgador quede reducido a un mero aplicador mecánico del ordenamiento jurídico y evitar fosilizar la interpretación normativa.

Ahora bien, el "arbitrio judicial" —en el sentido de "parámetro razonable" empleado por la Corte IDH— no equivale a arbitrariedad. La aplicación razonable, o "prudente arbitrio", exige que el juez despliegue su voluntad dentro de los "linderos" del derecho; la arbitrariedad, por su parte, supone una voluntad

75 Ver, Caso Acosta Calderón c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2005, párr. 158.

76 Ver, Francisco Cortés, "El arbitrio judicial", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 12, n.º 45 (enero-marzo 1950): 89. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revenj/cont/45/dtr/dtr3.pdf.

formalmente negadora de lo jurídico[77]. De ahí que, al tratarse de un criterio excepcional, la equidad demanda de una motivación especialmente cuidadosa.

El problema surge, entonces, cuando las reparaciones en equidad —si bien respaldadas por conceptos jurídicos indeterminados positivizados— no permiten a las partes identificar los parámetros que llevaron al juzgador a fijar un determinado *quantum*. Lo lógico, al cuantificar daños inmateriales en equidad, devendría en que se respeten los límites constitucionales de proporcionalidad, motivación y razonabilidad, garantizando que casos análogos reciban tratamientos idénticos que no erosionen la previsibilidad ni comprometan la confianza en las decisiones de la Corte.

La práctica, sin embargo, muestra que la motivación empleada en estos casos puede resultar insuficiente y que, aunque formalmente ajustada al ordenamiento, no atiende con rigor a las vulneraciones concretas de los derechos fundamentales en juego. Como consecuencia, los fallos pueden presentar variabilidad en los montos de reparación (u homogeneización) y desatención a las particularidades del caso[78].

De manera ilustrativa, en Sentencia n.º 25-14-AN/21 y acumulado, la Corte ordenó como medida de compensación el "pago único en equidad" de USD 5000,00 a cada beneficiario por el incumplimiento (durante siete años) de medidas cautelares dictadas a su favor por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, devenidas de la Resolución n.º 6/2014. Sobre esta decisión, el juez constitucional Herrería expresó en su voto concurrente que:

> **Atendiendo a las particularidades del caso y manteniendo un criterio de eficacia y proporcionalidad** […], correspondía reparar a los accionantes por los daños que surgieron como consecuencia directa del incumplimiento de la Resolución n.º 6/2014, imputable al Estado ecuatoriano. En tal virtud, **considero insuficiente la medida de reparación ordenada**, respecto a un pago único en equidad de USD 5000 frente a los agravios sufridos por los accionantes […] (énfasis añadido)[79].

Este voto, aunque coincidente con la decisión del pleno, deja en evidencia cinco aspectos preocupantes: (i) que el monto en equidad invisibiliza la diversidad y especificidad de los daños individuales no considerados por la sentencia mayoritaria; (ii) que el criterio de equidad puede producir reparaciones insuficientes y desproporcionadas frente a afectaciones graves, prolongadas o verificables; (iii) que la flexibilidad inherente de la equidad puede conducir a

77 Ibid., 92.
78 Ver, Artículo 169, CRE.
79 Ver, Sentencia n.º 25-14-IN/21 y acumulado, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de septiembre de 2021, voto concurrente de Enrique Herrería Bonnet, párr. 8.

decisiones poco justificadas que comprometen el derecho a una motivación suficiente; (iv) que la equidad no constituye un mecanismo de cuantificación idóneo cuando existen daños materiales comprobables (como en este caso, ingresos perdidos, gastos derivados de litigios o perjuicios económicos concretos); y (v) que el uso de la equidad como regla general afecta la coherencia jurisprudencial y la seguridad jurídica, pues conforme a los artículos 18 y 19 de la LOGJCC, la cuantificación de toda compensación en materia de garantías jurisdiccionales debía tramitarse ante el Tribunal Contencioso Administrativo o el juzgador de primera instancia, según correspondiera.

En este escenario, que la cuantificación de daños inmateriales no admita una tasación mecánica ni exacta no autoriza una valoración en equidad desvinculada de los límites que impone la seguridad jurídica. Así también lo reiteró la jueza constitucional Nuques en su voto salvado del caso Esclavitud moderna en Furukawa:

> [L]a adopción de estos criterios [de equidad] requiere, necesariamente, de **un razonamiento judicial más profundo** que explique las razones sobre las cuales un *quantum* definido a partir de parámetros exactos resulta poco viable. Llama la atención que la propia decisión de mayoría exprese que: "Como todo daño inmaterial relativo a los sufrimientos causados a las personas afectadas, este, **en principio**, no puede ser cuantificado económicamente a través de parámetros exacto" (énfasis en el original)[80].

En todo caso, expresiones como "recurriendo a la equidad" o "con fundamento en la equidad", empleadas de manera recurrente y sin desarrollo argumental, vacían de contenido dicho concepto. La sola invocación de este criterio resulta insuficiente, pues no exterioriza el razonamiento que sustenta la decisión judicial ni permite comprender las razones que justifican la reparación adoptada, con lo que se debilita la eficacia de la reparación integral. La propia Corte, en Sentencia n.º 57-17-IS/19, primigeniamente ha establecido tres parámetros que deben gobernar toda medida de reparación pecuniaria, siendo: (a) la proporcionalidad respecto de la vulneración del derecho; (b) la prohibición de enriquecimiento de la víctima; y (c) que la cuantificación "debe necesariamente estar basada en criterios objetivos"[81].

Resulta llamativo, entonces, que en el caso Esclavitud moderna en Furukawa la Corte haya recurrido indistintamente a la equidad tanto para dictar daños inmateriales como materiales. Este uso indiferenciado resulta problemático, ya que más allá del carácter excepcional de la equidad, se genera una reparación inexacta ante supuestos donde sí sería posible identificar patrones de cuantificación objetivos o, al menos verificables, con base en la verdad procesal.

80 Ver, Sentencia n.º 1072-21-JP/24 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024, voto salvado de Teresa Nuques Martínez, párr. 53.

81 Ver, Sentencia n.º 57-17-IS/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019, párr. 69.

En este fallo emblemático, la Corte fijó un "monto común" de USD 40 000,00 por daños inmateriales para todas las víctimas de servidumbre de gleba en las haciendas de Furukawa, y ordenó además cuatro "montos adicionales" en equidad atendiendo, *prima facie*, a condiciones específicas de las víctimas[82], sin ofrecer un razonamiento pormenorizado que explicara los criterios diferenciadores entre ellas. Esos montos adicionales —necesarios en atención a las vulneraciones sufridas por niños, adultos mayores, mujeres y personas mutiladas— devinieron, no obstante, en una estandarización excesiva aplicada a daños cualitativamente distintos. Por ejemplo, una amputación y la condición de género, niñez o adultez mayor reciben el mismo incremento económico, pese a que la naturaleza, el impacto y la gravedad del daño no son equiparables entre sí.

Esta tendencia jurisprudencial, como se verá a continuación, ha estado presente en varias sentencias de la Corte, donde el monto se estandariza en USD 5000,00, con independencia de la fundamentación fáctica y en detrimento de los principios de proporcionalidad y eficacia de la reparación. La equidad, en esos términos, deja de ser la excepción (subsidiaria) para convertirse en la regla. Asimismo, en el caso Furukawa, la Corte fijó en equidad un monto común de USD 80 000,00 por "daños materiales", a título de "reconocimiento por haber cultivado abacá en beneficio de la empresa en condiciones que anularon su dignidad"[83], pese a que la jurisprudencia interamericana ha reconocido la existencia de parámetros exactos para cuantificar este tipo de daños en la esfera patrimonial.

El riesgo de todo lo expuesto es doble en la medida en que, por un lado, compromete el resarcimiento integral de los derechos de la víctima y, por otro, erosiona la uniformidad de la jurisprudencia constitucional cuando la fijación del monto deviene en genérica, aun cuando la gravedad de la vulneración varíe de un caso a otro. Frente a ello, resulta imperativo, en aras de tutelar la seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones, formular lineamientos mínimos de carácter orientador que reduzcan la variabilidad en la determinación de montos por daños inmateriales y garanticen certeza y no arbitrariedad en las decisiones de la Corte.

La Corte ha tendido, así, a ignorar sus propios precedentes, optando por un tratamiento excepcional que permite, tanto a dicho órgano como a los jueces constitucionales de primer nivel, fijar directamente el monto. El fundamento de la Corte para justificar esta práctica es que con ello se dotaría a que las "autoridades judiciales aprecien el grado de sufrimiento y angustia que han experimentado las víctimas […] y determinen pagos únicos en equidad, sin

82 Los "montos adicionales" a los USD 40 000,00 por daño inmaterial a toda persona afectada identificada en dicha sentencia corresponden a los siguientes valores: (1) USD 5000,00 adicionales para los niños, niñas y adolescentes que trabajaron o crecieron allí; (2) USD 5000,00 adicionales para todas las mujeres que vivieron en las haciendas, por estar expuestas a condiciones indignas que afectaban desproporcionadamente su salud reproductiva; (3) USD 5000,00 adicionales para todas las personas adultas mayores de la hacienda, para cubrir sus necesidades asociadas a la vejez; y (4) USD 5000,00 adicionales para todos quienes sufrieron amputaciones por el cultivo de abacá. Ver Sentencia n.º 1072-21-JP/24 (Esclavitud moderna en Furukawa), Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024, párrs. 198-200.

83 Ver, Sentencia n.º 1072-21-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 198.2.

que aquello exima a la autoridad competente de su obligación de motivar adecuadamente"[84]. Sin embargo, los reiterados fallos en la materia —inclusive de la propia Corte— evidencian que rara vez se motiva "adecuadamente" los pagos en equidad por daños inmateriales.

Resulta paradigmático, por ejemplo, el caso en que una compensación en equidad de USD 5000,00 fue ordenada frente a una cadena continuada de vulneraciones[85] que incluyó: (1) la privación ilegal y arbitraria de libertad a una persona en un pabellón de máxima seguridad; (2) el incumplimiento del deber estatal de protección reforzada; (3) la falta de atención médica por más de dos años; y (4) la afectación grave, permanente e irreversible a la integridad física, con diagnóstico de lumbalgia aguda y una discapacidad física del 71 %[86]. La motivación de la Corte en ese caso se redujo a lo siguiente:

> Como medida de reparación económica, **dado que se busca eliminar dilaciones desproporcionadas y cargas judiciales adicionales a la víctima, la Corte estima necesario ordenar que se cancele la cantidad de $ 5000,00** (cinco mil dólares americanos) por los daños producidos y la vulnerabilidad a la que se enfrentó por haber sido privado de la libertad en un pabellón de máxima seguridad […] (énfasis añadido)[87].

Esta forma de motivar recurre a montos predeterminados (en su mayoría de USD 5000,00), con independencia de las particularidades del caso concreto. Ello podría justificarse, *prima facie*, por la dificultad inherente de estimar objetivamente el daño inmaterial, confiando en la prudencia judicial del juzgador. Sin embargo, el tratamiento extensivo de la equidad ha llevado a que la CCE ejerza, simultánea y discrecionalmente, tres funciones: (1) como juez de conocimiento, valorando subjetivamente el daño inmaterial; (2) como perito, fijando el *quantum*; y (3) como juez de ejecución, ordenando directamente el pago, el plazo y la cuenta bancaria. Funciones que la propia Corte había reservado al tribunal contencioso-administrativo o al juez de instancia —dependiendo la calidad del legitimado pasivo— cuando se dicten reparaciones económicas, y que implican un apartamiento injustificado de su precedente vinculante recogido en Sentencia n.º 011-16-SIS-CC[88].

84 Ver, Sentencia n.º 557-20-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de mayo de 2024, párr. 34.

85 En consecuencia, el monto ordenado también deviene en incompatible con los principios de reparación integral contenidos en el artículo 18 de la LOGJCC, que establece, *sensu amplio*, que la reparación deberá ser proporcional al daño y orientada a restablecer, en la medida de lo posible, la dignidad vulnerada.

86 Ver Sentencia n.º 2622-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 107.

87 Id., párr. 149.

88 A partir de la Sentencia n.º 011-16-SIS-CC, el procedimiento de reparación económica en sede contencioso-administrativa (cuando el caso ha sido resuelto por la Corte Constitucional) sigue las etapas que se detallan a continuación: (i) una vez ejecutoriada la sentencia que ordena la reparación pecuniaria, la Corte dispone de un término de diez días para activar el proceso de ejecución ante el tribunal de lo contencioso-administrativo; (ii) ese tribunal procede al nombramiento de un perito encargado de calcular el monto correspondiente, sustentándose en la documentación pertinente —facturas, recibos y demás instrumentos probatorios—; (iii) se concede a las partes un término para formular sus observaciones, las cuales serán valoradas por dicho tribunal; (iv) de estimarse procedentes, el perito podrá efectuar las correcciones, aclaraciones o ampliaciones que su informe requiera; (v) a continuación, el tribunal de lo contencioso-administrativo emite un auto resolutorio en el que se precisan el monto, la forma de pago y las condiciones de su cumplimiento; y, (vi) finalmente, el propio tribunal remite el expediente al juez ejecutor.

Con todo, si bien es conocido que, ante reparaciones pecuniarias, correspondería el trámite pericial ante el tribunal contencioso-administrativo o el juez de instancia, las compensaciones en equidad por daños inmateriales responden a un tratamiento *sui generis*, dado que las medidas ordenadas no se someten, en la praxis, a las mismas reglas que la compensación material.

6. La naturaleza de la equidad en materia de reparaciones

A partir de lo anterior, conviene profundizar en la naturaleza de la equidad como criterio reparatorio. Esta debe abordarse desde una perspectiva holística, esto es, como un elemento indiscutible del proceso interpretativo orientado a alcanzar la justicia que cada caso demanda[89], sin que ello suponga soslayar la voluntad del legislador. En esa dirección, la equidad no cuestiona la justicia formal de una norma, sino que sirve para alcanzar la justicia material que esta persigue, operando como mecanismo de reajuste tendiente a reducir la desigualdad, cumpliendo una "misión integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico"[90].

Desde una dimensión reparadora, Palacios y Miño observan que hay supuestos en los que la aplicación estricta del derecho positivo produce resultados "inequitativos", por lo que se acude a la equidad para "amoldar el derecho a las circunstancias particulares"[91]. Advierten, sin embargo, que la equidad no es equivalente a "benignidad", sino que se trata, más bien, de una lectura más amplia de la norma, sustentada en las exigencias de la ética, que permite "modular o suplir las normas"[92].

En este contexto, llama la atención que la amplia línea jurisprudencial de la Corte IDH recurra al criterio de equidad —como medida de reparación compensatoria de daños inmateriales— bajo el razonamiento de "aplicación razonable del arbitrio judicial"[93], sin desarrollar a detalle los argumentos que sostienen ese "arbitrio razonable". Esta forma de fundamentación puede observarse también en la jurisprudencia de la CCE, particularmente en aquellos casos en los que recurre al criterio de equidad para determinar reparaciones pecuniarias. En estos supuestos, corresponde examinar si existen criterios previamente establecidos que permitan justificar de manera suficiente las razones que sustentan la fijación de la reparación.

Si bien es cierto que traducir en términos monetarios el sufrimiento y las aflicciones padecidas por una víctima es una tarea inevitablemente subjetiva e

89 Ver, Helga Lell, "La equidad y la seguridad jurídica: El equilibrio como desafío de la ética judicial", *Lex Humana* 9, n.º 1 (abril 2017): 28, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6356811.pdf.

90 Ver, Agustín Morea y Gonzalo Sosa, *La equidad como criterio para la resolución de casos* (Rosario: Editorial Iuris, 2020), 7.

91 Ver ,Isabella Palacios y María Miño, "Equidad o arbitrariedad: Análisis de las compensaciones por daños otorgadas por la Corte Constitucional del Ecuador", *USFQ Law Review* 10, n.º 2 (octubre 2023): 136, https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3029.

92 Ibid., 137.

93 Ver, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2018, párr. 375.

imprecisa, la ausencia de parámetros de reparación orientadores abre la puerta a que, ante plataformas fácticas análogas, los montos fijados difieran de manera sustancial entre sí, lo que en la práctica ya se ha evidenciado. Sobre este punto, la jurisprudencia reciente de la Corte muestra un incremento notable en el uso de medidas de compensación en equidad para la reparación de daños inmateriales desde 2021 hasta 2024. El ejemplo más representativo es la sentencia conocida como Esclavitud moderna en Furukawa, dictada en 2024, en la que la Corte justificó el uso de dicha modalidad reparatoria señalando que "corresponde valorarla [refiriéndose a la cuantificación del daño por los sufrimientos causados a las personas afectadas] a través del criterio de equidad"[94].

Sin perjuicio de lo anterior, para fijar el monto correspondiente, el órgano constitucional consideró cuatro elementos vinculados a las particularidades del caso, a saber: (1) la gravedad de la violación alegada [servidumbre de gleba]; (2) la violación sistemática de los derechos de los accionantes [abacaleros y arrendatarios]; (3) el impacto generacional sobre el colectivo de los accionantes; y (4) el sufrimiento específico que pudieron padecer ciertos grupos de atención prioritaria, en particular, niños, niñas y adolescentes[95].

En todo caso, es evidente que los criterios empleados en esa sentencia son exclusivos y no se circunscriben en una línea jurisprudencial consolidada. De ahí que, si bien las decisiones adoptadas por la CCE pueden contener una *ratio decidendi* susceptible de ser considerada como precedente, las particularidades de la plataforma fáctica dificultan determinar su aplicabilidad en casos ulteriores. La valoración del monto reparatorio descansa en elementos propios del caso, sin que la decisión permita establecer con suficiente claridad cómo deberían ponderarse circunstancias distintas para cuantificar daños similares. Ello plantea riesgos concretos para la seguridad jurídica, la previsibilidad de las decisiones y el derecho a la defensa de la parte beneficiaria y de la parte obligada a reparar[96].

7. El criterio residual de la compensación en equidad

La doctrina dominante concuerda con que el fundamento de la equidad responde a un criterio transversal: la residualidad. Ello, toda vez que, al hacerlo, necesariamente se debe acudir al arbitrio judicial —por su naturaleza subjetiva— y que, bajo este escenario, el grado de motivación tiende a ser insuficiente

94 Ver, Sentencia n.º 1072-21-JP/24 (Esclavitud moderna en Furukawa), Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024, párr. 191.

95 Id., párr. 197.

96 Cabe distinguir, así mismo, que la equidad —incluso en ámbitos privados como el arbitraje, donde las partes gozan de mayor autonomía— lleva implícito un cierto grado de subjetividad en la decisión del tribunal arbitral, lo que puede incidir en los derechos de las partes. La discrecionalidad judicial es, sin duda, una actividad necesaria e irrenunciable en la administración de justicia; sin embargo, no así la arbitrariedad. La doctrina distingue con claridad ambas nociones, toda vez que la arbitrariedad "no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado injusto, pero nunca arbitrario". Ver, Luis Lacambra, *Filosofía del derecho* (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987), 632.

o inexistente. De ahí que la equidad operaría como una medida residual, esto es, cuando no es posible restaurar a la víctima a un estado anterior a la violación (reparación *in integrum*). Coinciden las palabras de Lobato, Yépez y Haro cuando reconocen que inclusive la compensación pecuniaria tiene un carácter complementario[97], siendo que la equidad se erige como un mecanismo valorativo de perjuicios inmateriales, cuando la normativa infraconstitucional o constitucional no brinda parámetros adecuados que se alineen a baremos uniformes.

No es de extrañar, entonces, el detrimento al que se somete la seguridad jurídica en nombre de la equidad. Pérez y Castillo resaltan esta preocupación al señalar que la cuantificación en equidad genera efectos ulteriores dados por las "especificidades de este tipo de daño [siendo] que las indemnizaciones para casos análogos pueden ser muy disímiles, lo que conlleva a cierto grado de inseguridad"[98].

Resulta necesario considerar que las compensaciones en equidad —si bien deberían atender a las circunstancias intrínsecas del caso y a la naturaleza del derecho constitucional vulnerado— se cimentan dentro de un sistema indemnizatorio que no se agotaría con la imposición de montos pecuniarios (aunque esta sea la práctica recurrente), pues habrá causas en las que una medida compensatoria —inclusive en equidad— no resulte idónea.

En definitiva, el tratamiento de la equidad responde a una naturaleza no solo residual y subsidiaria, sino también excepcional; esto se da precisamente por el riesgo latente de que un fallo desemboque en arbitrariedad, materializado en medidas compensatorias dispares ante casos análogos. Entonces, se debe calificar a la equidad como de *ultima ratio*, a fin de evitar su desnaturalización por parte de los operadores de justicia.

8. De la homogeneización jurisprudencial de los montos dictados en equidad

Sin desconocer el carácter excepcional con que la equidad fue concebida para valorar afectaciones inmateriales, su aplicación reiterada y sin parámetros claros en la jurisprudencia de la Corte durante el período 2021-2024 revela inconsistencias profundas que derivan en tratamientos disímiles ante vulneraciones análogas, comprometiendo la previsibilidad de las decisiones judiciales.

La tendencia predominante consiste en fijar de manera estandarizada montos de USD 5000,00 por concepto de daños inmateriales, con prescindencia de la gravedad, duración o especificidad de la violación. Esta homogeneización se

97 Ver, Sophia Lobato, María Yépez y Bernarda Haro, "Reparación del daño extrapatrimonial en Ecuador: Más allá de la indemnización pecuniaria", *USFQ Law Review* 12, n.º 1 (mayo 2025): 31, https://doi.org/10.18272/34xg9a64.

98 Doris Pérez y Claudia Castillo, "Determinación del *quantum* indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia", tesis de grado, Universidad de Chile, 2012, 15, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112879/de-perez_d.pdf.

replicó en veintidós de treinta y ocho sentencias dentro del período referido[99], con variaciones marginales al alza o a la baja en escenarios que la propia Corte calificó como excepcionales.

Un primer ejemplo es la Sentencia n.º 1219-22-EP/22, en la que la Corte ordenó el pago de USD 5000,00 tras constatar la vulneración a la seguridad jurídica del accionante por parte del Consejo de la Judicatura, al haberle generado una expectativa razonable de presidir dicho órgano. La Corte señaló que ese accionar produjo "una afectación a su trayectoria profesional y desconfianza en la institucionalidad"[100], limitándose —acto seguido— a ordenar dicha medida sin mayor desarrollo argumentativo.

En la Sentencia n.º 145-17-EP/23, la Corte declaró vulnerada la garantía de motivación en un fallo del cantón Ambato y constató la omisión del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del Ecuador, al dejar sin pensión de montepío a la accionante[101]. Ordenó dos reparaciones: (i) por daño material, el monto dejado de percibir entre octubre de 2015 y marzo de 2018; y (ii) por daño inmaterial[102], la suma de USD 5000,00 derivada de la "evidente angustia y sufrimiento provocados por la retención de las pensiones de montepío"[103].

En contraste, la Sentencia n.º 889-20-JP/21 fijó una compensación por daños inmateriales de USD 1000,00 atribuidos, igualmente, a la "angustia y sufrimiento provocadas por la retención de los ingresos del IESS durante los meses que estuvo la cuenta bloqueada [de la accionante]"[104]. La Corte omitió explicar los motivos para arribar a dicha cifra[105], apartándose de los USD 5000,00 que venía

99 La Corte Constitucional del Ecuador ha recurrido con frecuencia a la reparación en equidad por daños inmateriales entre 2021 y 2024, aunque su aplicación muestra una homogeneización preocupante. De las treinta y ocho sentencias en las que se ordenó este tipo de pago, el monto de USD 5000,00 se repite de manera mecánica en la gran mayoría de casos. Esto se observa en las siguientes sentencias: 25-14-AN/21 (USD 5000 a cada accionante, con 30 días para su cumplimiento), 28-19-AN/21 (USD 5000 a cada accionante, 1 mes), 1416-16-EP/21 (USD 5000, 30 días), 1290-18-EP/21 (USD 5000, 3 meses), 2622-17-EP/21 (USD 5000, 6 meses), las sentencias 12-16-IS/21, 9-17-IS/21, 40-19-IS/21 y 10-17-IS/21 (USD 5000, 30 días), 2505-19-EP/21 (USD 5000, 6 meses), 1504-19-JP/21 (USD 5000 total, 90 días), 2951-17-EP/21 (USD 5000), 50-20-IS/22 (USD 5000, 3 meses), 7-18-JH/22 (USD 5000, 6 meses), 145-17-EP/23 (USD 5000, 30 días), 74-19-IS/23 (USD 5000, 30 días), 760-20-EP/24 (USD 5000), 748-20-EP/24 (USD 5000, 6 meses), 30-23-IS/24 (USD 5000, 30 días), 3144-17-EP/24 (USD 5000, 1 mes), 352-22-EP/24 (USD 5000, 2 meses) y 26-23-IS/24 (ratifica USD 5000). Esta tendencia a estandarizar el monto, sin embargo, se "inobserva" en algunos casos. Por ejemplo, en la sentencia 983-18-JP/21 se fijaron USD 25 000,00 por la muerte de un niño (sin plazo fijado); en la 832-20-JP/21 se ordenaron USD 10 000,00 (3 meses); en la 1776-17-EP/24 se dispusieron USD 30 000,00 por discriminación laboral grave por VIH (60 días para su cumplimiento); en la 1072-21-JP/24 y acumulados (caso Esclavitud moderna en Furukawa) se asignaron USD 120 000,00 por persona (3 meses); en la 121-20-EP/24 se fijaron USD 75 648,00 (en este caso, sí se hizo remisión a otro tribunal para el cálculo de los montos); en la 32-22-IS/24 se ordenaron USD 6000,00 (90 días); en la 79-24-IS/24 USD 9000,00 (90 días); y en la 3173-17-EP/24 (USD 7000,00, en 3 meses). Por el contrario, en otros fallos se establecieron montos inferiores: 889-20-JP/21 (USD 1000, con plazo de cumplimiento de 6 meses), 725-15-JP/23 (USD 1000, 6 meses), 1022-20-JP/24 (USD 1000, 6 meses), 71-21-IS/22 (USD 3000, 30 días), 673-17-EP/23 (USD 3000), 90-22-IS/24 (USD 3000, 90 días), 916-22-JP/24 (USD 3000) y 38-21-IS/24 (USD 3000, 3 meses). Todo ello generando tratamientos disímiles ante vulneraciones de distinta intensidad, sin que existan parámetros claros que justifiquen las diferencias.

100 Ver, Sentencia n.º 1219-22-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de septiembre de 2022, párr. 123.

101 La accionante, además, se encontraba en una situación de doble vulnerabilidad, producto de una condición de discapacidad y edad.

102 Pese a que, en el mismo parágrafo, la Corte aclara que las pensiones han sido restituidas desde marzo de 2018.

103 Ver, Sentencia n.º 145-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 8 de marzo de 2023, párr. 78.

104 Ver, Sentencia n.º 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 157 b.

105 Más allá de una aparente motivación que se limita a dictar el monto en equidad por la siguiente justificación: "por haber provocado que Zoila [la accionante] incurra en un estado de precariedad económica durante cuatro meses y por el sufrimiento que provocó". Ver Sentencia n.º 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 157.a.

aplicando en escenarios similares de retenciones pecuniarias; aun cuando, en este caso, haya sido causada por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones[106].

La casuística constitucional ofrece múltiples pronunciamientos en ese sentido: la insuficiencia motivacional al dictar compensaciones en equidad no es un fenómeno aislado, sino reiterado. La Sentencia n.º 916-22-JP/24 es otro ejemplo, en el que —tras conocer el caso de un aspirante declarado no apto para ingresar a las Fuerzas Armadas del Ecuador[107]— la Corte le concedió "una reparación en equidad valorada en USD 3000, al haberse constatado que las violaciones a [su]s derechos […] alter[aron] su proyecto profesional de poder ingresar a las Fuerzas Armadas"[108], sin que se explicite el razonamiento que justificara esa cifra frente a cualquier otro valor.

Esta estandarización no puede interpretarse como una expresión de eficacia procesal. Ajustar mecánicamente el monto a una suma predeterminada no equivale a cumplir lo que el artículo 18 de la LOGJCC exige. Los contrastes dentro de la misma jurisprudencia refuerzan esta conclusión. En la Sentencia n.º 983-18-JP/21, la Corte ordenó en equidad USD 25 000,00 por "daños ocasionados al niño F. B. L. con causa de muerte"[109], en un contexto de vulneración grave y continuada de los derechos a la salud, a la vida y a la atención prioritaria, originada en deficiencias del sistema público de salud. Pese a la naturaleza de los hechos[110], la Corte omitió motivar la justificación de ese monto y, en particular, por qué no se consideró reparar las violaciones sufridas por los padres[111] como víctimas indirectas.

106 El caso se enmarca en la situación de Zoila Lainez (accionante), quien es una mujer adulta mayor con una discapacidad física del 61 % que dependía únicamente de la pensión de un montepío para cubrir sus necesidades básicas de alimentación, ropa y atención médica. En 2012, contrató una línea telefónica con CNT, pero problemas de salud le dificultaron pagar la factura a tiempo. A pesar de su situación vulnerable y sus repetidos intentos de negociar un pago parcial, CNT se negó a ofrecerle ayuda y congelaron su cuenta bancaria, que solo contenía su pensión, impidiéndole el acceso a los fondos y haciéndole imposible comprar alimentos, medicamentos o pagar servicios de primera necesidad. Esta retención afectó gravemente su salud, toda vez que la situación se agravó durante las vacaciones de diciembre de 2019 y continuó incluso después de la intervención de la Defensoría del Pueblo y una acción de protección que inicialmente fue denegada. Tras varios meses, Zoila finalmente aceptó un plan de pago significativamente mayor, logrando saldar su deuda en 2020. Ver Sentencia n.º 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párrs. 9-43.

107 En este escenario, la CCE declaró que se vulneraron los derechos a la igualdad y no discriminación, y al libre desarrollo de la personalidad del accionante, pues la Directiva del Comando Conjunto de las FF. AA. determinó, en la fase médica que, por un tatuaje grande en el pectoral izquierdo, el aspirante no era apto para continuar en el proceso de selección. Producto de ello, se originaría un trato diferenciado e injustificado, el mismo que anuló su expectativa legítima de continuar. Así, se desprendió que el informe de la Directiva del Comando Conjunto de las FF. AA, consideró como causales para la no idoneidad del aspirante si "presenta un tatuaje tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos que es visible con los distintos uniformes y vestimenta militares y, además, si presentare una simbología que atente contra la institucionalidad". Ver Sentencia n.º 916-22-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de julio de 2024, párr. 28.3.

108 Ver Sentencia n.º 916-22-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de julio de 2024, párr. 96.

109 Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de agosto de 2021, párr. 348.

110 En 2015, una pareja colombiana que huía del conflicto armado en su país ingresó al Ecuador solicitando formalmente el reconocimiento del estatus de refugiados ante el (entonces) Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. La accionante, embarazada de ocho meses, acudió al sistema público de salud en Tulcán para controles prenatales. Tras el parto en el Hospital Luis G. Dávila, el recién nacido presentó una anemia hemolítica grave. Ante la falta de insumos para realizar la exanguinotransfusión, el hospital ofreció soluciones discriminatorias, como proponer el traslado del bebé a Colombia, lo que implicaba un riesgo serio para su vida. El niño no recibió el tratamiento requerido y falleció horas después por un paro cardiorrespiratorio. Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párrs. 10-26.

111 Al respecto, ordena que "sin perjuicio de los montos compensatorios ordenados por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, […] la Corte Constitucional ordena el pago, en equidad, de la cantidad de USD 25 000,00 en reparación de los derechos vulnerados al niño F.B.L". Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de agosto de 2021. p. 106; asimismo, en dicha sentencia, la Corte reconoce que "la cuantía de la compensación fue fijada [por el TCA] en USD 32 079,72 **con base en un informe pericial** sobre el daño emergente y el lucro cesante (USD 12 079,72) y a **criterios de equidad en lo relativo el** (sic) **daño moral** (USD 20 000,00)" (énfasis añadido). Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de agosto de 2021, párr. 340.ii.

Esta práctica, inclusive, se ha extendido en los plazos de cumplimiento (que oscilan entre uno y seis meses, sin criterios que la sustenten). En concreto, dicho organismo en Sentencia n.º 3144-17-EP/24 ha ordenado en equidad lo siguiente:

> Por lo tanto, esta Corte, en atención a las vulneraciones de derechos y al sufrimiento ocasionado, **en línea con su jurisprudencia**, estima pertinente ordenar que el IESS cancele el valor de USD 5000,00 en equidad para reparar el daño inmaterial causado. Esta suma deberá ser cancelada **en el plazo máximo de un mes** contado desde la notificación con la presente sentencia (énfasis añadido)[112].

Sorprende que la Corte aluda a una "línea jurisprudencial" en materia de indemnizaciones en equidad cuando, de los propios fallos, no es posible identificar parámetros previos, claros ni predecibles. De la Sentencia n.º 79-24-IS/24 se desprende que la Corte ordenó —en el plazo de 90 días— el pago de USD 9000,00 por "la actuación tardía de la Policía Nacional en el reintegro del accionante a la institución [que] generó daños morales por las posibles expectativas y limitaciones al acceso a la jubilación, ascensos y promociones"[113], careciendo, nuevamente, de un desarrollo argumentativo que sustente la determinación de dicho *quantum*.

La ausencia de motivación no se circunscribe, entonces, a la fijación del monto ni al plazo de cumplimiento, sino que se extiende también al tratamiento de víctimas directas e indirectas. En la ya citada Sentencia n.º 983-18-JP/21, la propia Corte reconoció que "**bajo ningún concepto o justificativo** [las reparaciones] **pueden operar algún tipo de sustitución radical**, con motivo de la cual se repare únicamente a los padres dejando de lado los derechos de NNA" (énfasis añadido)[114]. Sin embargo, de manera predominante, las compensaciones en equidad dictadas por tal órgano se limitan a reparar a víctimas directas, incluso cuando se han reconocido afectaciones explícitas a familiares.

La Sentencia n.º 732-18-JP/20 lo ilustra al analizar la vulneración del derecho a la identidad de una persona adulta mayor[115], señalando que "la caducidad de [su] cédula de ciudadanía ha sido motivo de gran angustia para la accionante y

112 Ver Sentencia n.º 3144-17-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de julio de 2024, párr. 123.

113 Ver Sentencia n.º 79-24-IS/24, Corte Constitucional del Ecuador, 8 de noviembre de 2024, párr. 40.

114 Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 346.

115 La accionante, Rosa Ana de los Ángeles Sosa Vélez, es una mujer de 80 años, con un 75 % de discapacidad física, en situación de analfabetismo y madre de 10 hijos. A través de su hija, solicitó la renovación de su cédula de identidad al Registro Civil de Manabí para acceder a servicios públicos de salud. El Registro Civil, sin embargo, niega tal renovación con la justificación de que su cédula no existía, debido a que dos personas distintas habían sido registradas con la misma partida de nacimiento (generando una duplicidad en los registros). De ahí que el Registro Civil haya decidido declarar la caducidad de la cédula de la accionante y haya rechazado la solicitud de inscripción tardía por vía administrativa para regularizar su situación. La accionante presentó una acción de protección, la misma que fue rechazada por considerar que (1) no se había demostrado la vulneración del derecho; y (2) el conflicto correspondía tramitarse vía justicia contencioso-administrativa. No se interpusieron recursos contra esa sentencia, por lo que quedó ejecutoriada. La CCE seleccionó el caso para su revisión declarando la vulneración del derecho a la identidad, llamar la atención a la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Portoviejo y, por concepto de daños inmateriales, ordenar al Registro Civil el pago de USD 5000,00 "en un plazo de 2 meses desde la notificación de la sentencia". Ver Sentencia n.º 732-18-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de septiembre de 2020, p. 19.

su familia, al considerar que tras su muerte no podrán sepultarla como cualquier otra persona"[116], pero la asignación del pago no se extendió a estos últimos. Lo anterior evidencia una inobservancia al segundo inciso del artículo 18 de la LOGJCC, que prescribe que:

> La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, **mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero**, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, **en las condiciones de existencia del afectado o su familia** (énfasis añadido)[117].

La falta de uniformidad en las reparaciones por equidad no solo resulta incompatible con lo dispuesto por la LOGJCC, sino que encuentra su causa más profunda en la insuficiencia motivacional que caracteriza los fallos de la Corte en esta materia, deviniendo en una práctica rutinaria que vulnera el criterio rector motivacional que dicho órgano está llamado a salvaguardar.

8.1. La vulneración a la garantía de motivación cuando se repara en equidad

Todo lo desarrollado en torno a la motivación permite afirmar que su función no se agota solo al prevenir la arbitrariedad judicial, sino que exige que todo acto del poder público se encuentre suficientemente fundamentado, tanto en el plano jurídico como fáctico. Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de compensaciones por equidad, es posible constatar que esta exigencia ha sido vulnerada de manera constante. Los fallos examinados incurren en deficiencias motivacionales ya sea por insuficiencia o por inexistencia. En ambos casos, el resultado es el mismo: las partes no pueden comprender ni anticipar los criterios que llevaron a la Corte a fijar un determinado monto, lo que se traduce directamente en inseguridad jurídica. A ello se suma que estas actuaciones abren paso, de manera simultánea, a la inobservancia del artículo 4, numeral 9, de la LOGJCC, que impone a todo juez el deber de pronunciarse sobre "los argumentos y razones relevantes […] por las partes"[118].

Del análisis de los treinta y ocho fallos revisados (cuyas referencias se detallan en la nota 99) se advierte que, si bien existe alguna fundamentación fáctica y normativa, esta no alcanza el estándar mínimo exigido por el criterio rector de la motivación. Junto a la insuficiencia, en la jurisprudencia de la Corte

116 Ver Sentencia n.º 732-18-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de septiembre de 2020, párr. 61.
117 Ver artículo 18, inciso 2, LOGJCC.
118 Ver artículo 4, numeral 9, LOGJCC.

predomina también la apariencia motivacional. La fundamentación, *prima facie*, parece mínimamente suficiente; sin embargo, al examinarse con detenimiento, revela la presencia de dos vicios: (i) incoherencia decisional e (ii) incongruencia frente a las partes y frente al derecho.

La incoherencia decisional queda expuesta con claridad en la ya mencionada Sentencia n.º 2622-17-EP/21, toda vez que, pese a describirse vulneraciones graves y concurrentes sobre una persona privada de libertad[119] durante más de dos años —con una discapacidad resultante del 71 %—, la Corte se limitó a razonar que "[c]omo medida de reparación económica, dado que se busca eliminar dilaciones desproporcionadas y cargas judiciales adicionales a la víctima [...], estima necesario ordenar que se cancele la cantidad de $5000,00"[120]. Sin perjuicio de que, en su propia argumentación, había reconocido una serie de violaciones irreversibles a la integridad personal, y cuyo fundamento invocado para fijar el *quantum* —la "eliminación de dilaciones"— no resulta en un criterio conexo ni plausible con la gravedad, duración o naturaleza del daño sufrido, sino con una consideración de economía procesal ajena a la valoración sustantiva que exige el criterio de equidad.

La incongruencia frente a las partes se ha materializado, *inter alia*, en la Sentencia n.º 889-20-JP/21, en la que argumentos sustanciales sobre la gravedad del daño fueron ignorados y, en su lugar, se ordenó una reparación genérica en equidad —fundamentada únicamente en la "angustia y sufrimiento provocadas por la retención de los ingresos del IESS durante los meses que estuvo la cuenta bloqueada [de la accionante]"[121]— sin hacerse cargo de los planteamientos concretos formulados durante el proceso.

La incongruencia frente al derecho, por su lado, está latente en la Sentencia n.º 983-18-JP/21. En dicho fallo, la Corte omitió pronunciarse sobre una cuestión que el propio ordenamiento jurídico le imponía atender —el artículo 18 de la LOGJCC—, al no extender la reparación por daños inmateriales a las víctimas indirectas; esto es, a los padres que sufrieron la pérdida de su hijo, pese a que la misma sentencia había reconocido expresamente afectaciones a sus derechos. Sin perjuicio de lo anterior, la CCE reconocía que "bajo ningún concepto o justificativo [las reparaciones] pueden operar algún tipo de sustitución radical, con motivo de la cual se repare únicamente a los padres dejando de lado los derechos de las NNA"[122], incurriendo en la misma deficiencia motivacional que su propio precedente advertía evitar.

Esta tipología, cabe remarcar, fue precisada por la propia Corte en la referida Sentencia n.º 1852-21-EP/25. En este fallo, el tribunal aclaró que la motivación

119 Ver Sentencia n.º 2622-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, p. 39.
120 Ver Sentencia n.º 2622-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 107.
121 Ver Sentencia n.º 889-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 157.b.
122 Ver Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 346.

aparente no es una categoría independiente o adicional. En realidad, se trata de una argumentación que parece suficiente a simple vista, pero que al revisarla con detalle resulta inexistente o insuficiente. Así, cuando se presentan vicios como la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia o la incomprensibilidad, se evidencia que la garantía de la motivación ha sido vulnerada, ya sea porque no existe argumentación o porque esta no alcanza el mínimo exigido[123].

De todo lo expuesto se desprende que la garantía de motivación no solo se ha visto vulnerada en su dimensión procesal, sino que también se habilita a que, en nombre de la equidad, se dicten montos con una justificación insuficiente. Esta práctica resulta abiertamente contradictoria con los estándares fijados por la propia Corte en la Sentencia n.º 1852-21-EP/25, en la que el tribunal reiteró que, en el ámbito de las garantías jurisdiccionales, la motivación debe observar un "estándar elevado (reforzado)"[124]. Por lo tanto, cuando se recurre al criterio de equidad para compensar daños inmateriales, se vuelve imperioso aplicar esa exigencia reforzada para impedir que la discrecionalidad judicial degenere en arbitrariedad. Las sentencias analizadas cumplen aquí una función ilustrativa, toda vez que su selección responde a la necesidad de ejemplificar las tendencias recientes de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Un ejemplo más actual, no comprendido en el marco temporal 2021-2024 delimitado para este estudio, merece ser traído a colación por constituir un caso paradigmático —e incluso agravado— de las deficiencias motivacionales identificadas: la Sentencia n.º 1732-25-EP/26, conocida como el caso "Los cuatro niños de Las Malvinas", dictada por la Corte el 5 de marzo de 2026 por la desaparición forzada de los niños Josué, Ismael, Steven y Nehemías. En dicho fallo, resulta paradójico que, tras un extenso desarrollo argumentativo en el que la Corte reconstruye con crudeza el sufrimiento de las familias, citando directamente sus testimonios sobre haber quedado "muertos en vida"[125] y el terror cotidiano frente a la estigmatización, "la desaparición forzada de los niños y la posterior falta de información veraz y oportuna **transformaron de manera radical la vida emocional y cotidiana de cada uno de sus núcleos familiares**" (énfasis añadido)[126], se fijen montos que no guardan proporción alguna con la gravedad reconocida en la propia sentencia.

En efecto, pese a calificar dichas afectaciones como "un daño inmaterial autónomo en cabeza de los núcleos familiares"[127], la Corte estimó pertinente ordenar USD 10 000,00 por cada uno de los niños víctimas de desaparición forzada y USD 5000,00 de forma global para cada núcleo familiar, este último repartido

123 Ver Sentencia n.º 1852-21-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 23.
124 Id., párr. 21.
125 Ver Sentencia n.º 1732-25-EP/26, Corte Constitucional del Ecuador (*In memoriam*: desaparición forzada de Josué, Ismael, Steven y Nehemías), 5 de marzo de 2026, párr. 213.
126 Id.
127 Id.

entre padres, madres y hermanos, sin que se explicite un criterio cuantitativo que conecte la intensidad del sufrimiento narrado con la suma fijada[128]. El plazo para dicho pago en equidad, además, podrá extenderse hasta "seis meses contados desde la notificación de esta sentencia"[129]. Resulta plausible advertir que, de haberse conocido este caso en sede interamericana[130], es razonable presumir —por la amplia jurisprudencia contenciosa en materia de desapariciones forzadas— que las cifras habrían sido sustancialmente más elevadas.

Lo anterior reviste de mayor gravedad si se considera que, en el caso ecuatoriano, las víctimas directas eran niños, es decir, sujetos de "especial protección constitucional e internacional"[131], pertenecientes además a un contexto de vulnerabilidad social reconocido por la propia Corte, al tratarse de "cuatro niños afrodescendientes, habitantes de un barrio popular del sur de Guayaquil"[132], cuyas familias denunciaron haber sido objeto de estigmatización "sobre la niñez pobre y afrodescendiente de Guayaquil [Ecuador]"[133]. Estas particularidades, sin embargo, no incidieron en un *quantum* reparatorio superior fijado por la Corte, el cual resulta considerablemente inferior al que la jurisprudencia interamericana ha dispuesto en escenarios de igual naturaleza.

Esta misma lógica de homogeneización se replica, además, en la Sentencia n.º 513-20-JH/26, dictada el 26 de febrero de 2026. En dicho fallo, relativo a seis adolescentes —dos de ellos pertenecientes a comunidades indígenas— privados arbitrariamente de su libertad y sometidos a malos tratos físicos y psicológicos en el contexto de la protesta social de octubre de 2019, la Corte reconoció expresamente que se trataba de "grupos en condiciones de vulnerabilidad y de atención prioritaria que requerían protección"[134]. Sin perjuicio de reconocer un mayor esfuerzo argumentativo de la sentencia, en contraste con otros fallos ya examinados que se limitan a la mera invocación de la equidad, la Corte terminó fijando, también allí, el monto estandarizado de USD 5 000,00 "a cada una de las seis víctimas por las afectaciones a la integridad personal y el sufrimiento provocado"[135].

128 Id., párrs. 215.1-215.2.

129 Id., párr. 216. Cabe precisar que la Sentencia 1732-25-EP/26 no se limita a la reparación económica en equidad. Al contrario, la Corte dispuso un extenso catálogo de medidas de restitución (atención psicológica, psiquiátrica y médica gratuita para familiares inmediatos y extendidos), satisfacción (disculpas públicas por el Comandante General de la Fuerza Aérea, incorporación del caso en el Museo de la Memoria, readecuación del parque "Los cuatro niños de Las Malvinas") y garantías de no repetición (reglamentación de coordinación FFAA-Policía, reformas a la Ley Orgánica de Actuación en Casos de Personas Desaparecidas y Extraviadas, entre otras). Sin perjuicio de reconocer la relevancia de este conjunto de medidas, el presente análisis se circunscribe en la reparación económica en equidad, por ser el punto donde se evidencia con mayor claridad la desproporción entre la motivación desarrollada y el *quantum* fijado.

130 La Corte IDH exigiría, como presupuesto de admisibilidad, el previo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, conforme al artículo 46.1.a) de la CADH. Ver Artículo 46.1.a), Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969.

131 Ver Sentencia n.º 1732-25-EP/26, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 210.

132 Id., p. 86.

133 Id.

134 Ver Sentencia n.º 513-20-JH/26, Corte Constitucional del Ecuador (Hábeas corpus y adolescentes privados de la libertad en contextos de protesta social y estado de excepción), 26 de febrero de 2026, párr. 134.

135 Id., p. 55.

Las circunstancias fácticas de ambos casos, claro está, no son equiparables entre sí —pues uno se enmarca en el contexto de una detención arbitraria durante una protesta social y el otro en una desaparición forzada con resultado de muerte—; sin embargo, su sola comparación evidencia cómo la Corte recurre a una cifra materialmente idéntica, la ya identificada en el apartado 8, tanto para reparar el sufrimiento individual de un adolescente maltratado físicamente durante su detención, como para compensar de forma global a todo un núcleo familiar que perdió a un hijo en una desaparición forzada.

Frente a este patrón de homogeneización, el contraste con los montos reconocidos por el tribunal interamericano confirma que en Ecuador la carga motivacional exigida para la determinación del *quantum* no ha sido debidamente satisfecha en la parte resolutiva de los fallos constitucionales examinados. Así lo revela la jurisprudencia convencional, por ejemplo, en materia de desaparición forzada: mientras la CCE ha tendido a fijar montos estandarizados con prescindencia de las particularidades de cada víctima, la Corte IDH tiende a individualizar sus reparaciones en atención a la gravedad concreta de los hechos. En el caso Radilla Pacheco c. México —relativo a la desaparición forzada de un dirigente comunitario a manos de efectivos militares en 1974, en el contexto de la denominada "guerra sucia" mexicana—, la Corte IDH fijó, con base en "la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados a las víctimas"[136], la suma de USD 80 000,00 a favor de la víctima directa y USD 40 000,00 para cada uno de los familiares individualmente considerados.

Por su parte, en el caso Muniz da Silva y otros c. Brasil —resuelto apenas en 2024, concerniente a la desaparición forzada de un defensor de derechos humanos y líder campesino ocurrida en 2002, en el estado de Pará—, la Corte IDH ordenó en equidad, a favor de la víctima directa, la suma de USD 90 000,00, "tomando en cuenta las indemnizaciones ordenadas […] en otros casos sobre desaparición forzada de personas, las circunstancias del presente caso, las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados y el tiempo transcurrido"[137], monto que, por tratarse de una persona fallecida, fue pagado a su esposa e hijos. Adicionalmente, se fijó en equidad, por concepto de daño inmaterial y afectación al proyecto de vida de cada uno de los familiares considerados como víctimas indirectas, las siguientes sumas: (i) USD 45 000,00 para la esposa e hijos; (ii) USD 45 000,00 para los padres; (iii) USD 20 000,00 para el hermano; (iv) USD 10 000,00 para el primo; y (v) USD 10 000,00 para el cuñado de la víctima[138].

Lo expuesto no implica que la equidad deba abandonarse como criterio reparatorio, sino que su empleo no puede operar como una vía primaria de uso ni con la generalidad que hasta ahora ha caracterizado su aplicación; esto es, *inter*

136 Ver Caso Radilla Pacheco c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009, párr. 375.
137 Ver Caso Muniz da Silva y otros c. Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de noviembre de 2024, párr. 194.
138 Id., párr. 196.

alia, con independencia de la gravedad y la condición de vulnerabilidad de las víctimas involucradas. La comparación con la jurisprudencia interamericana no pretende, por tanto, trasladar mecánicamente sus montos al ordenamiento constitucional ecuatoriano —pues las realidades fácticas y jurídicas de uno y otro sistema difieren—, sino que evidencia la necesidad de contar con parámetros que orienten la determinación del *quantum* y permitan justificar las diferencias entre casos que, aunque puedan ser compensados pecuniariamente en equidad, presentan particularidades distintas.

9. Presupuestos para el control de discrecionalidad en la reparación por equidad

Los cinco presupuestos que se desarrollan a continuación responden, precisamente, a la ausencia de una metodología consolidada para la aplicación de la equidad en materia de reparaciones. Como se evidenció, los criterios que la Corte ha empleado hasta ahora —entre ellos, los identificados en la Sentencia n.º 146-14-SEP-CC o en el caso Furukawa— responden a las circunstancias de cada caso concreto, sin que de ellos emerja un precedente en sentido estricto ni una aplicación uniforme a supuestos análogos. Los parámetros sugeridos derivan, así, tanto de las exigencias normativas ya identificadas —el criterio rector de motivación fijado en la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, la naturaleza residual y excepcional de la equidad y los estándares de proporcionalidad previstos en el artículo 18 de la LOGJCC— como del análisis crítico de las deficiencias motivacionales constatadas en la jurisprudencia examinada.

De ahí que la facultad del juzgador para dictar reparaciones en equidad no es irrestricta, pues su ejercicio legítimo podría quedar condicionado al cumplimiento concurrente de cinco factores, a saber: (i) la verificación de un presupuesto de procedencia residual; (ii) la identificación de la complejidad valorativa del caso; (iii) la comprobación de imposibilidad objetiva de cuantificar el daño y la calidad del accionado; (iv) el cumplimiento de una exigencia reforzada de motivación; y (v) la determinación proporcional y razonable del *quantum* indemnizatorio. Estos presupuestos no operarían de manera aislada, sino que serían interdependientes entre sí.

Su aplicación, sin embargo, tampoco puede concebirse de manera uniforme. La procedencia de la reparación en equidad y la forma de justificarla dependerán necesariamente de la naturaleza de la causa, de la vulneración declarada y de las particularidades fácticas-probatorias de cada caso. Por ello, los criterios aquí propuestos no pretenden sustituir ese examen ponderativo ni ofrecer una fórmula "universal" a todos los procesos de competencia de la Corte, sino delimitar ciertas exigencias mínimas para controlar y justificar el recurso a la equidad cuando este resulte procedente ante daños de carácter inmaterial.

El primero de ellos, el presupuesto de procedencia residual, delimita el ámbito material de aplicación de la equidad como criterio reparatorio, de manera que su uso quede circunscrito a los supuestos en que la imposibilidad objetiva de cuantificación —desarrollada en el tercer presupuesto— torne inviable la aplicación de métodos objetivos de valoración[139]. Lo que este presupuesto excluye, en definitiva, no es la esfera patrimonial en abstracto, sino aquellos supuestos —predominantemente materiales— en los que sí existen métodos objetivos de cuantificación, como los peritajes técnicos referidos anteriormente. Este presupuesto responde, así, al uso indiferenciado de la equidad constatado en el caso Furukawa, en el que la Corte recurrió a dicho criterio tanto para reparar daños materiales objetivamente cuantificables como inmateriales, sin distinguir entre supuestos que ameritaban un tratamiento distinto.

El segundo presupuesto —y uno de los de mayor relevancia— es la identificación de la complejidad valorativa del caso. Dicha complejidad se configuraría cuando, a partir de los supuestos fácticos y probatorios acreditados en el proceso, la determinación de un equivalente monetario para las afectaciones sufridas resulta particularmente problemática debido a la naturaleza de los bienes jurídicos comprometidos. Un caso reviste de especial "complejidad valorativa" cuando la lesión de los derechos fundamentales ha recaído sobre bienes jurídicos personalísimos cuya vulneración opera en la esfera inherentemente subjetiva del individuo, como el sufrimiento, la angustia, el menoscabo de la dignidad o la afectación al proyecto de vida.

Para identificar cuándo concurre esta complejidad, resulta orientador —sin ser taxativo— acudir a los patrones desarrollados por la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos. De ellos se extraen cinco subelementos concurrentes: (ii.1) la naturaleza personalísima del bien jurídico afectado, cuyo eje central es la dignidad humana; (ii.2) la gravedad de la violación, en particular cuando reviste carácter sistemático o estructural; (ii.3) la duración prolongada de la afectación, con impactos crónicos o generacionales; (ii.4) la pluralidad de víctimas o la dimensión colectiva del daño, sin perjuicio de sus manifestaciones individuales; y (ii.5) la existencia de afectaciones diferenciadas en grupos históricamente vulnerables, cuyo sufrimiento puede intensificarse por su situación específica. Estos subelementos funcionarían como lineamientos orientadores para el juzgador, permitiéndole identificar las razones por las cuales, en el caso concreto, el daño —pese a ser jurídicamente relevante— escapa de los métodos ordinarios de valoración y exige el uso excepcional de la equidad en criterios debidamente fundamentados. La ausencia de este punto es precisamente lo que

139 Ello, considerando que la esfera inmaterial es, por su naturaleza, el ámbito en que esta dificultad se presenta con mayor frecuencia. Sin perjuicio de lo anterior, no puede descartarse *a priori* que ciertos daños materiales enfrenten una indeterminabilidad semejante, sin que ello autorice, como ocurrió en el caso Furukawa, un recurso indiferenciado a la equidad; en tales supuestos, se exigiría de la Corte una justificación igualmente reforzada de por qué los métodos objetivos de cuantificación resultan inviables y, condicionando su uso de *ultima ratio*.

caracterizó a fallos como la Sentencia n.º 1219-22-EP/22, en la que la Corte ordenó una compensación sin desarrollar por qué el caso revestía de una complejidad valorativa que justificara acudir a la equidad.

El tercer presupuesto consiste en la comprobación de una imposibilidad objetiva de cuantificar el daño. Su propósito es vincular al juez a justificar detalladamente los motivos por los cuales los mecanismos y estándares ordinarios de cuantificación no resultaron idóneos, suficientes o adecuados para el caso que tiene en su conocimiento. A ello debe añadirse la consideración de la condición del legitimado pasivo —sea este un particular o el Estado—, toda vez que la viabilidad material del pago y los plazos de cumplimiento pueden verse condicionados por la capacidad económica de quien está obligado a reparar. Este presupuesto busca prevenir la práctica identificada en la Sentencia n.º 3144-17-EP/24, en la que la Corte invocó una "línea jurisprudencial" sin explicitar por qué los mecanismos ordinarios de cuantificación no resultaban idóneos para el caso.

El cuarto presupuesto es la exigencia reforzada de motivación. En virtud de ella, el razonamiento judicial debe satisfacer los estándares mínimos de motivación mediante una fundamentación fáctica y normativa suficiente, que trascienda la mera enunciación dispersa de hechos y disposiciones jurídicas. En estos supuestos, el juzgador no puede invocar genéricamente la equidad, sino que debe justificar de manera exhaustiva la procedencia excepcional de dicho criterio en el caso concreto. Precisamente porque la equidad incorpora un margen más amplio de apreciación judicial, su utilización demanda un nivel exigente de racionalidad argumentativa; de lo contrario, podría configurarse una vulneración al debido proceso en la garantía de motivación. Esta exigencia responde a la incoherencia decisional constatada en la Sentencia n.º 2622-17-EP/21, en la que la Corte fijó un monto reducido invocando razones de economía procesal ajenas a la gravedad de las vulneraciones previamente descritas en el propio fallo.

La legitimidad de este presupuesto encuentra sustento en la línea argumentativa trazada por la Sentencia n.º 1852-21-EP/25, en la que la Corte estableció que, en sede de garantías jurisdiccionales, rige un estándar elevado (reforzado) de motivación. De ahí que, si la motivación suficiente busca propiciar un "autocontrol cognitivo"[140] en la autoridad judicial para reducir sesgos y prejuicios, la fijación del *quantum* reparatorio en equidad es precisamente el escenario donde la motivación reforzada se vuelve más apremiante, evitando que la discrecionalidad judicial devenga en una mera estimación infundada o en la estandarización injustificada de los montos compensatorios.

El quinto y último presupuesto radica en la determinación proporcional y razonable del *quantum* indemnizatorio, conforme a los principios previstos

140 Ver Sentencia n.º 1852-21-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 19.3.

en el artículo 18 de la LOGJCC, en concordancia con el artículo 169 de la Constitución. En este marco, la fijación del monto en equidad debe guardar una relación de proporcionalidad estricta con la gravedad de la vulneración, las particularidades del daño inmaterial, el impacto sobre la víctima y el acervo probatorio disponible, sin generar ningún enriquecimiento injustificado ni derivar en una reparación insuficiente que, como ha quedado en evidencia, resulta frecuente en la práctica.

En conjunto, estos cinco presupuestos concurrentes deben interpretarse a la luz del estándar de suficiencia motivacional fijado en la Sentencia n.º 1158-17-EP/21, esto es, la exigencia de una fundamentación fáctica y jurídica suficiente. Bajo esta lectura, cada presupuesto —y en particular la exigencia reforzada de motivación— constituye una manifestación concreta del criterio rector, evitando que la reparación dictada en equidad devenga en un ejercicio laxo, imprevisible y contrario a la garantía motivacional que todo acto jurisdiccional está obligado a observar.

10. Conclusión

El análisis de la jurisprudencia de la CCE desde el período 2021-2024 —enmarcado y recogido por las Sentencias n.º 1158-17-EP/21 y 1852-21-EP/25— pone de manifiesto dos tensiones centrales en torno al uso de la equidad como criterio para reparar daños inmateriales. La primera reside en la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas y la obligación ineludible de motivar suficientemente las medidas compensatorias ordenadas. La segunda, y no menos preocupante, es que la constatación casuística de violaciones a derechos humanos no ha sido acompañada de una fundamentación previsible; toda vez que el empleo de la equidad adolece de inconsistencias graves que desnaturalizan su eficacia y la tornan inconsistente, inclusive ante supuestos fácticos análogos.

La expresión más visible de ello es la estandarización de montos —predominantemente de USD 5000,00 en 22 de las 38 sentencias examinadas— sin que medie argumentación suficiente que justifique esa cifra frente a las particularidades de cada caso. Cuando las vulneraciones son de especial gravedad, esa práctica hace que la reparación devenga en insuficiente, lesionando simultáneamente la garantía de motivación. En otros escenarios, la Corte ha optado por montos notablemente reducidos bajo el pretexto implícito de evitar el enriquecimiento o empobrecimiento de la víctima. En cualquiera de los dos supuestos, se sacrifica el derecho a una reparación proporcional y razonable —reconocido tanto por el ordenamiento interno como por el sistema convencional— y se normaliza una vulneración reiterada al deber de motivar, en particular, de aquellos casos en que la compensación económica en equidad exigiría una fundamentación más rigurosa.

A ello debe añadirse que todos los fallos analizados (sin perjuicio de aquellos que constan en la nota 99) se han visto agravados por una interpretación extensiva de la Corte, que ha privilegiado el principio de celeridad y economía procesal en detrimento de la seguridad jurídica. De ahí que, bajo el argumento de "eliminar dilaciones innecesarias" a las víctimas, la práctica jurisprudencial ha sacrificado la previsibilidad, la certeza y la confianza que deben caracterizar las decisiones de un órgano de cierre[141] cuyos fallos son inapelables.

La motivación, en ese contexto, no puede concebirse como un requisito formal; por el contrario, es el elemento *sine qua non* que exterioriza los motivos que permitieron al juzgador arribar a una conclusión coherente, congruente y comprensible. Invocar "líneas jurisprudenciales" cuya argumentación se reduce a expresiones como "recurriendo al uso de la equidad" no solo inobserva el criterio rector de la garantía motivacional, sino que origina decisiones con deficiencias y vicios que, tratándose de la Corte Constitucional, generan incertidumbre sobre el estándar aplicable.

En la práctica, esta tendencia invisibiliza las violaciones concretas de las víctimas y las priva de una medida reparatoria proporcional y eficaz en función de la gravedad del derecho vulnerado. Esta preocupación se exterioriza también en votos salvados y concurrentes de diversos jueces constitucionales, quienes han reiterado críticas al monto asignado por considerarlo insuficiente o desproporcionado, evidenciando que el problema es reconocido desde el interior del propio órgano.

A lo anterior se suma que el trámite de cuantificación de estas reparaciones —pese a su naturaleza residual y excepcional— ha derivado en un apartamiento injustificado del procedimiento previsto en el artículo 19 de la LOGJCC. La Corte ha asumido roles concurrentes como juez de conocimiento, perito y juez de ejecución, fijando directamente los montos sin remisión al tribunal contencioso-administrativo ni a peritajes objetivos, bajo el pretexto de la celeridad procesal. Esta inseguridad jurídica se extiende, además, en los plazos de cumplimiento —que oscilan discrecionalmente entre uno y seis meses sin fundamentación alguna— y a las partes afectadas, pues dichas reparaciones han tendido a ignorar a las víctimas indirectas, inobservando lo dispuesto en el artículo 18 de la LOGJCC.

La naturaleza de la equidad como criterio reparatorio —influida por los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos— no justifica esta laxitud. Por el contrario, exige una aplicación prudente y reforzada del arbitrio judicial, orientada a evitar que la discrecionalidad derive en lo arbitrario. La observancia del estándar mínimo de motivación no solo garantizaría

141 En la legislación ecuatoriana, las sentencias y autos de la Corte Constitucional, por disposición expresa de la Constitución "tendrán el carácter de definitivos e inapelables". Ver artículo 440, CRE.

el cumplimiento de la decisión por parte del legitimado pasivo, sino que aseguraría también el ejercicio del derecho a la defensa frente a compensaciones previsibles y fundadas.

Frente a este escenario, los cinco presupuestos materializados en esta investigación ofrecen lineamientos orientadores que buscan impedir que el mecanismo de cuantificación de la equidad sea el "ojímetro" absoluto. Su aplicación concurrente e interdependiente condiciona el uso de este criterio a (1) su procedencia residual, limitada al resarcimiento de daños inmateriales; (2) la identificación de una complejidad valorativa del caso que justifique acudir a él; (3) la comprobación de imposibilidad objetiva de cuantificar el daño, considerando además la calidad del accionado; (4) la determinación razonable y proporcional del monto a reparar; y (5) una exigencia de motivación reforzada que explique exhaustivamente tanto la procedencia del criterio como la valoración del *quantum* fijado. Todo ello, apuntando a consolidar una línea jurisprudencial más previsible, que abandone la argumentación *per relationem* que tiende al infinito y que, en su estado actual, soslaya las particularidades de cada caso.

Finalmente, es necesario reconocer las limitaciones metodológicas de este estudio. El análisis se delimitó temporalmente al período 2021-2024 y se concentró en el corpus de treinta y ocho fallos de la CCE que aplicaron expresamente la equidad para la compensación de daños inmateriales. Con carácter excepcional, se incorporaron dos sentencias dictadas en 2026 que, por la gravedad de los hechos examinados y por replicar el mismo patrón de estandarización identificado en el corpus principal, permitieron corroborar que las deficiencias motivacionales antes señaladas no son un fenómeno acotado a dicho período, sino una práctica que persiste en la jurisprudencia más reciente de la Corte. En consecuencia, sus hallazgos no pretenden extrapolarse de manera generalizada al ámbito de los daños materiales, donde debieran primar, al menos en teoría, los peritajes técnicos u otros medios objetivos de valoración. Con todo, el análisis desarrollado abre una discusión que ha recibido escasa atención en la doctrina ecuatoriana: cómo dotar de mayor racionalidad y previsibilidad a la cuantificación por daños inmateriales cuando se compensa pecuniariamente en equidad. Futuras investigaciones podrían profundizar en la recepción de estos presupuestos en la justicia constitucional o en el desarrollo de criterios de ponderación que, sin convertir la equidad en una operación mecánica y ajena a las particularidades del caso concreto, contribuyan a una determinación más previsible, consistente y proporcional del *quantum* reparatorio.



LEXVALOR

ABOGADOS

+ de 18 áreas de práctica a tu servicio

+ de 70 abogados trabajando para ti

Acreditados por + de 10 rankings internacionales

"Lexvalor Abogados has a very committed team that is passionate about its work. Its lawyers are professional, practical and knowledgeable, and they provide quick responses with immediate solutions."

Chambers & Partners 2026

www.lexvalor.com

50 AÑOS CORRAL ROSALES

International Standards, Local Vanguard



USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

La *Rebus Sic Stantibus* y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato: un análisis sistemático

The Rebus Sic Stantibus and the Restoration of the Contract's Economic Balance: A Systematic Analysis

Andrés Regalado Mantilla*
Eduardo Regalado Mantilla**

Recibido / Received: 24/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4403

Citación:
Regalado Mantilla, Andrés, y Eduardo Regalado Mantilla. "La *Rebus Sic Stantibus* y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato: un análisis sistemático". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4403.

* Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia. Ayudante de cátedra de las asignaturas: Objetos del derecho, Negocios jurídicos, Derecho constitucional y Procesos constitucionales. Editor asociado de la USFQ Law Review. Correo electrónico: andresesteban10127@hotmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0007-6217-8823.

** Pérez, Bustamante & Ponce, asociado *senior*. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de posgrado en las Maestrías en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros y en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar. Perito acreditado por el Consejo de la Judicatura en las especialidades en Derecho administrativo y Contratación pública. Secretario arbitral en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Su práctica se enfoca en las áreas resolución de controversias y contratación estatal. Correo electrónico: edureg93@hotmail.com y eregalado@pbplaw.com. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0003-0161-8785.

Resumen

En este artículo se revisa, con un enfoque crítico, la *rebus sic stantibus* (en adelante, la "*Rebus*"). Primero, se analizan sus nociones fundamentales, desde la perspectiva jurídica y la económica. Segundo, se revisa la asignación de riesgos y su efecto en la aplicación de la *Rebus*. Tercero, se estudian los requisitos para la procedencia de la *Rebus* y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Cuarto, se analizan las particularidades de la *Rebus* en los contratos privados y públicos, a la luz de la legislación vigente en Ecuador. Quinto, se revisan las principales medidas de compensación para el restablecimiento del equilibrio económico. Sexto, se contrasta la *Rebus* versus otras instituciones jurídicas como la fuerza mayor, a efectos de distinguir su alcance y aplicación. Séptimo, se estudian otras cláusulas con efectos similares a la R*ebus* en el derecho comparado; específicamente, *hardship* y *material adverse change*. Finalmente, se exponen las conclusiones.

Palabras clave

Rebus sic stantibus; *pacta sunt servanda*; imprevisión; reequilibrio; equilibrio económico; ecuación financiera; excesiva onerosidad; buena fe; equivalencia de prestaciones

Abstract

This paper critically analyzes the rebus sic stantibus clause (hereinafter, "Rebus"). First, it reviews its fundamental concepts from both legal and economic perspectives. Second, it examines risk allocation and its effect on the application of Rebus. Third, it studies the requirements for the application of Rebus and the restoration of the contract's economic equilibrium. Fourth, it analyzes the specific characteristics of Rebus in private and public contracts, in light of current legislation. Fifth, it reviews the main compensatory measures for restoring economic equilibrium. Sixth, it compares the Rebus with force majeure to establish the corresponding distinctions. Seventh, it examines other clauses with effects like Rebus in comparative law, specifically hardship and material adverse changes. Finally, it presents the conclusions of the work.

Key words

Rebus sic stantibus; pacta sunt servanda; unforeseen circumstances; rebalancing; economic equilibrium; financial equation; excessive burden; good faith; equivalence of performance

1. Introducción

En general, en el derecho de los contratos las convenciones son una ley para los contratantes y no pueden ser terminadas o invalidadas, en tanto no medie el consentimiento mutuo o una causa prevista en la norma. Bajo este contexto, en los contratos sinalagmáticos, de tracto sucesivo, el equilibrio económico del contrato, en general, se establece sobre la base de la equivalencia de las prestaciones que, en situaciones ordinarias, se deben mantener inalteradas en el tiempo. Por tanto, las partes están obligadas a cumplir los contratos mientras las circunstancias, consideradas al momento de la celebración, se mantengan invariables.

La existencia de circunstancias sobrevenidas y extraordinarias durante la ejecución contractual rompe la equivalencia de prestaciones y el equilibrio económico del contrato. Ante estas circunstancias, la *Rebus* o la teoría de la imprevisión surge como un remedio contractual[1] para restablecer el equilibrio económico del contrato mediante la adaptación de las obligaciones previamente pactadas, con base en el principio de conservación de los negocios jurídicos; o, si el restablecimiento no es posible, terminar el contrato y, con ello, evitar el desmedro patrimonial de un contratante a costa del otro.

La institución que analizamos en este documento es aplicable, en atención a sus particularidades, a contratos sometidos al derecho privado y al derecho público. En tal forma, la comprensión de su naturaleza jurídica, requisitos y alcance reviste el mayor interés, especialmente, para aplicarla en los contratos de larga duración como los de distribución, franquicia, gestión delegada, concesiones y otros.

Bajo este contexto, en este artículo, se abordan las siguientes problemáticas fundamentales: (i) cuáles son los presupuestos que requiere la adaptación o, de ser el caso, terminación de un contrato ante la variación sobrevenida y extraordinaria de circunstancias durante su ejecución; (ii) en qué forma influye la asignación previa de riesgos en este remedio contractual; (iii) cuáles son las diferencias de la aplicación de la *Rebus*, si es que caben, en los contratos privados y públicos y cuáles son sus principales manifestaciones; y (iv) cuáles son las diferencias de la *rebus* con otras instituciones jurídicas similares.

1 La *rebus*, en la generalidad de ordenamientos jurídicos, tiene reconocimiento en una fuente formal del derecho, como la legislación, la jurisprudencia o los principios generales del derecho.

2. Nociones fundamentales de la *rebus sic stantibus* o la teoría de la imprevisión

El principio *pacta sunt servanda* implica que los contratos válidamente celebrados tienen fuerza vinculante entre las partes[2]. De tal forma, los contratantes se obligan a cumplir lo acordado conforme a los términos pactados al momento de su celebración. La regla general de la inmutabilidad del contrato se fundamenta en la autonomía de la voluntad y en la buena fe como principios rectores de la contratación. En consecuencia, el contrato no puede quedar sin efecto ni ser invalidado, salvo por consentimiento mutuo o causas legales.

La obligatoriedad de los contratos y las prestaciones asumidas por las partes debe ser entendida desde dos perspectivas, complementarias entre sí[3]: la jurídica y la económica. La comprensión de cada una permite entender de manera sistemática como opera la *Rebus*, conceptualmente y en la práctica.

Desde la perspectiva jurídica, en los contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo, las partes asumen obligaciones recíprocas, cuyo objeto incluye prestaciones equivalentes entre sí. Es decir, al momento de la firma, por regla general, los contratantes conocen los beneficios, costos y riesgos que asumen; en consecuencia, reciben una contraprestación que se entiende equivalente a los riesgos y cargas asumidos. La equivalencia de prestaciones, en situaciones ordinarias, se debe mantener inalterada en el tiempo mientras el contrato se ejecuta[4]. Por tanto, las partes están obligadas a cumplir los contratos mientras las circunstancias consideradas al momento de la celebración se mantengan invariables: *rebus sic stantibus*[5]. A manera ilustrativa, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana (en adelante, la "Corte Suprema" o "Corte Nacional") ha establecido lo siguiente:

> el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un

2 Artículo 1561, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 588 del 27 de junio de 2024. El contrato es *lex inter partes*. Es decir, el contrato, por regla general, vincula y tiene fuerza obligatoria entre las partes que participan en él. Las obligaciones y los derechos que asumen las partes en el contrato son eficaces entre los contratantes.

3 Ver, entre otros, Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Editorial Cevallos, 2021), 380. Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones: Volumen de la modificación y extinción de las obligaciones* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016), 30.

4 Isabel Rabanete Martínez, "La gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato: El comodato en interés del comodante", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 30 (julio 2020): 287, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7521508.

5 El aforismo se traduce como: "estando así las cosas" o "mientras las cosas permanezcan". La definición de *rebus sic stantibus* en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* es la siguiente: "Origen medieval incierto procedente de una idea del derecho romano: la obligación puede modificarse si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su constitución". Asociación de Academias de la Lengua Española, "*Rebus sic stantibus*", *Diccionario panhispánico del español jurídico* (junio 2025), https://dpej.rae.es/lema/rebus-sic-stantibus.

> conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)[6].

Desde la perspectiva económica, la equivalencia de las prestaciones al momento de celebrarse una convención bilateral constituye la expresión del equilibrio económico del contrato. Esto se debe a que, en general, la ejecución de las obligaciones del contrato debe generar un beneficio a las partes. Es decir, cada contratante se obliga a cumplir unas prestaciones que, considerando costos y riesgos asumidos, deben reportar una utilidad económica, rentabilidad o beneficio. Así, la Corte Nacional ha reconocido lo siguiente:

> Esto quiere decir que el equilibrio económico responde exclusivamente a las operaciones financieras, costos y beneficios, sobre las obligaciones que tiene la contratante con la contratista con el fin de que, sin que se afecte el riesgo y ventura inmanente de los contratos administrativos, haya un justo precio de las prestaciones dadas en relación al objeto del contrato[7].

En términos sencillos, el beneficio que reciben las partes usualmente es un rendimiento o rentabilidad razonable generada durante la ejecución del contrato[8]. Naturalmente, desde la perspectiva económica, la determinación de la rentabilidad del negocio requiere la aplicación de métricas financieras (*ratios*), entre ellas, la tasa interna de retorno (*internal rate of return o "*TIR*"*). La TIR es un indicador financiero que sirve para calcular la rentabilidad anual de una inversión y, de manera simple, consiste en traer los flujos futuros esperados a valor presente. El objetivo de la TIR es calcular la tasa de descuento que hace que el valor actual de la suma de los flujos de efectivo nominales anuales sea igual al desembolso neto inicial de efectivo para la inversión[9]. La TIR establece la tasa de retorno anualizada para una inversión determinada, con independencia de su fecha de vencimiento, y un flujo de efectivo futuro esperado.

Otra métrica común para medir el beneficio de un negocio es la rentabilidad del capital (*return on equity, "*ROE*"*). El ROE es un indicador financiero que muestra la eficiencia con la que una empresa genera beneficios a partir del capital de sus accionistas[10]. En términos simples, representa la utilidad que una empresa obtiene por cada dólar invertido por los accionistas y la rentabilidad que estos pueden esperar. El ROE es útil para comparar la rentabilidad de una empresa a largo plazo o con la de sus competidores dentro del mismo sector. El ROE se

6 Ordóñez Molina Franklin c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 23 de agosto de 2015, párr. 4.7.

7 Kaya Construcciones S. A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, párr. 31.

8 La noción de equilibrio económico expuesta no pretende ser exhaustiva ni agotar su definición; simplemente, busca brindar una idea general sobre lo que debe entenderse por esta institución, en el contexto del tema tratado en este documento.

9 Amy Gallo, "A Refresher her on Internal Rate of Return", *Harvard Business Review* (marzo 2016), https://online.hbs.edu/blog/post/return-on-equity-formula.

10 Brad Einstein, "How to Calculate Return on Equity (ROE) & Why It Matters", *Harvard Business School Online* (febrero 2025), https://online.hbs.edu/blog/post/return-on-equity-formula.

calcula utilizando los ingresos netos y el capital de los accionistas durante un período determinado, generalmente el año fiscal de la empresa. Asimismo, otra *ratio* usada para calcular el beneficio del negocio es la rentabilidad de los activos (*return on assets,* "ROA"). El ROA es un indicador financiero que revela el porcentaje de beneficios generados por cada dólar invertido en los activos de una empresa[11]. Mide la utilidad de la empresa en relación con sus activos, incluyendo efectivo, inventario y equipos de fabricación, entre otros. En lo relevante, el ROA muestra la eficacia de la empresa al utilizar esos activos para generar beneficios.

Además, la aplicación de alguna de las métricas referidas puede considerar, según el caso, una de las definiciones financieras del beneficio generado por el negocio, entre ellas, el beneficio antes de intereses e impuestos (*earnings before interest and taxes*, "EBIT") o beneficio operativo[12]. El EBIT es un indicador que considera el beneficio neto que una empresa genera en sus operaciones comerciales normales. En general, excluye los flujos de caja negativos, como el pago de impuestos o intereses de la deuda. De igual manera, excluye los flujos de caja positivos provenientes de áreas externas al negocio principal. Otro indicador usualmente aplicado es el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (*earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization*, "EBITDA")[13]. El EBITDA excluye todos los gastos no operativos, calculando primero el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización; a diferencia de los márgenes operativos, que incluyen todos los gastos operativos. El EBITDA es un indicador financiero útil para determinar la rentabilidad operativa interna de una empresa. También es muy utilizado el indicador del margen neto de beneficio ("*Net Profit Margin*")[14]. El *Net Profit Margin* un indicador financiero que comprende el flujo efectivo que le queda a una empresa después de cubrir sus gastos, incluidos los gastos no operativos que excluyen los márgenes de EBITDA. Se trata de un indicador más completo para medir la rentabilidad de una empresa.

En contratos complejos que requieren la implementación de un proyecto a largo plazo, como los contratos públicos de gestión delegada o concesión, el equilibrio económico se establece con la formulación del modelo financiero. Dicho modelo se desarrolla por parte del inversionista o proponente privado (que será el gestor delegado o concesionario) en la etapa precontractual, específicamente, al momento de preparar la oferta. En lo esencial, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el modelo financiero precisa la información relevante del modelo de negocio, como "sus supuestos, estructura de capital, demanda proyectada, flujos de ingresos, gastos, fuentes y gastos de

11 Brad Einstein, "The Return on Assets (ROA) Formula Explained", *Harvard Business School Online* (febrero 2025), https://online.hbs.edu/blog/post/return-on-assets.

12 Tim Stobierski, "Cash Flow vs. Profit: What's the Difference?", *Harvard Business School Online* (abril 2020), https://online.hbs.edu/blog/post/cash-flow-vs-profit.

13 Brad Einstein, "How to Use Profitability & Margin Ratios", *Harvard Business School Online* (enero 2025), https://online.hbs.edu/blog/post/return-on-assets.

14 Ibid.

financiamiento, proyecciones financieras a futuro, indicadores de rentabilidad y retorno de la inversión para el oferente, entre otros"[15].

Bajo este contexto, las causas que pueden incidir significativamente en la equivalencia de prestaciones inicialmente convenidas pueden ser, de forma ilustrativa, la reforma o modificación del régimen jurídico aplicable (por ejemplo, cambios impositivos en la normativa tributaria), que afecte a los ingresos o egresos proyectados en el negocio; los actos de autoridad pública que incidan en la economía del contrato; la disminución de la demanda estimada del bien o servicio por causas imputables a situaciones macroeconómicas o de terceros; circunstancias externas que impactan en el comercio, internacional o local, y que tienen por efecto el incremento en costos y gastos para uno de los contratantes.

Las situaciones extraordinarias, como las indicadas, rompen el equilibrio económico del contrato y relativizan su fuerza obligatoria. En tales supuestos, es aplicable la *Rebus*, que actúa como un mecanismo correctivo destinado a restablecer la conmutatividad de las prestaciones entre las partes: el equilibrio económico y la equivalencia de prestaciones.

2.1. El fundamento de la *rebus sic stantibus*

En ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, como Ecuador, la *Rebus* tiene su fundamento en los principios de buena fe, la conservación del negocio jurídico y la finalidad económica pretendida por las partes al momento de su celebración. A continuación, revisamos las principales instituciones que fundamentan a la *Rebus*.

Primero, respecto del principio de la buena fe, el restablecimiento de la equivalencia de prestaciones opera como un complemento exigido por la equidad para que las partes puedan cumplir el fin práctico y económico que persiguieron al suscribir el contrato[16]. En el marco de las circunstancias imprevistas y anormales, la *Rebus* es un auténtico remedio contractual que tiene por finalidad principal retornar a la equivalencia prestacional y permitir el cumplimiento del objeto del contrato; naturalmente, considerando los sucesos ocurridos durante su ejecución. Sobre este punto, se ha sostenido lo siguiente:

> Para una parte de la doctrina, la cláusula *rebus* está en franca contradicción con el principio *pacta sunt servanda*. En opinión de Abeliuk se estrella contra el artículo 1545 (1561 del código ecuatoriano) y, por

15 Artículo 221, numeral 29, Reglamento de la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, Decreto Ejecutivo 157, Poder Ejecutivo del Ecuador [Reglamento], Tercer Registro Oficial Suplemento 496, 9 de febrero de 2024.

16 Existen posiciones contrarias que debaten si la *rebus* contraviene la autonomía de la voluntad de las partes, la buena fe y el *pacta sunt servanda*. En nuestro criterio, por las razones que exponemos en este documento no existe tal contravención. Ver, entre otros, Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo (*Buenos Aires: Abeledo Perrot,1998).

> tanto, no puede aceptarse como orden general. Pero en realidad no es así, la cláusula en cuestión no contradice dicho dogma, más bien lo complementa en la dirección que aconsejan al unísono la equidad y el fin práctico del contrato, porque *pacta* y *rebus* están en una misma sintonía con el estándar de ejecución de buena fe del artículo 1562. Si el contrato debe cumplirse de buena fe por el deudor, con ese mismo estándar de lealtad debe exigir el acreedor su cumplimiento. Lo contrario desnaturaliza el pacto porque lo hace cambiar de sentido cuando cambian sustancialmente las condiciones en que se celebró[17].

Así, lejos de contradecir el principio de fuerza obligatoria del contrato, la *Rebus* representa una manifestación del deber de buena fe y del principio de equidad, en tanto permite adaptar el vínculo contractual a circunstancias extraordinarias que alteran gravemente su equilibrio económico. Por ello, la finalidad de esta institución es evitar que, ante un cambio imprevisible y excepcional en las condiciones que dieron origen al contrato, un contratante resulte injustamente perjudicado mientras el otro se beneficia de forma desproporcionada del desmedro del afectado. En tal sentido, la *Rebus* es una herramienta correctiva que busca preservar la justicia en la ejecución del contrato, sin desconocer su validez ni, en general, comprometer su continuidad.

En el derecho ecuatoriano, la casuística de las cortes ha reconocido que se trata de una cláusula implícita en los contratos sinalagmáticos, de tracto sucesivo, que opera como una excepción a la inmutabilidad contractual. De manera ilustrativa, conviene considerar que la ex Corte Suprema estableció lo siguiente:

> el contrato no es absoluto e inmutable, sino una institución esencialmente relativa, que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes han variado. En desarrollo de esta idea, han repetido muchos autores que los Contratantes al contratar se han referido a las circunstancias existentes en ese momento y han pensado que esas circunstancias y no otras son las que regularán la ejecución del contrato. La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic stantibus*, abreviación de la vieja fórmula: *contractus qui habent tractum successivun et dependentram de futuro rebus sic stantibus intellogentur*[18].

Segundo, otra institución que justifica la aplicación de la *Rebus* es el principio de conservación del contrato (*favor contractus*):

17 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 821.

18 Amazonas Cía. Anónima de Seguros c. Sociedad General C. A., Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 1981, párr. 10.

> el contrato debe cumplirse como una ley en tanto pueda exigirse razonablemente aquella fidelidad; y ello es posible solo en la medida en que el contrato conserve, durante su desenvolvimiento (equilibrio funcional o dinámico), las condiciones de equilibrio de las prestaciones que se supone existían al momento de su celebración (equilibrio original o congénito), pues si no es así la justicia contractual impone una corrección que restablezca la armonía del intercambio prestacional[19].

El principio de conservación del negocio es un mandato de optimización de la autonomía privada, que obliga a una ponderación tendiente a alcanzar su máxima satisfacción[20]. La preservación del contrato está enfocada en darle un efecto útil[21] a sus cláusulas, de tal forma que, de manera sistemática, sean eficaces y, en términos de beneficios, permitan obtener el resultado económico previsto por las partes al momento de celebrarlo. Este principio se proyecta principalmente hacia la función del juzgador cuando tiene la alternativa de terminar un contrato o permitir su subsistencia mediante ajustes razonables que lo aproximen a la finalidad económica perseguida por las partes[22].

Tercero, además de los principios comentados, la casuística y la doctrina han recogido otros potenciales fundamentos de la *Rebus*. De manera ejemplificativa, la casuística ecuatoriana, al referir la opinión de cierta doctrina, ha mencionado que la teoría de la imprevisión se sustenta en la variación de la prestación original causada por las nuevas condiciones económicas. En tal medida, el contratante afectado se enfrenta a la ejecución de una prestación distinta a la pactada, lo que resulta contrario a la buena fe[23] y, agregaremos, a la conservación del contrato en sí mismo. Sobre este particular, la Corte Suprema sostuvo:

> Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula *rebus sic stantibus*, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe […][24].

La casuística local también ha mencionado, sin coincidir con la posición, que existen autores que sostienen que la *Rebus* tendría su fundamento último en

19 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 130.
20 Ibid.
21 Ver, de forma ilustrativa, el artículo 1578, CC: "El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno".
22 Ibid.
23 Así se ha sostenido: "Es evidente que no hay buena fe —escribe Nelson Ramírez— cuando 'el contrato se ha convertido en excesivamente oneroso para una de las partes, y la otra, aprovechándose de ello, exige el total y fiel cumplimiento del contrato'". Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 125.
24 Amazonas Cía. Anónima De Seguros c. Sociedad General C. A., párr. 13.

la prohibición general del enriquecimiento sin causa. Desde este enfoque, en el supuesto en que se compela al deudor a cumplir la prestación inicial, sin considerar el cambio de circunstancias, el acreedor se enriquecería injustificadamente a costa del deudor; ya que, si se contrata nuevamente la prestación, considerando los acontecimientos sobrevenidos, sería más onerosa que la original. De manera ilustrativa, la Corte Suprema refirió lo siguiente:

> Separándose de la idea que acoge la cláusula *rebus sic stantibus*, otros autores han expresado que la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a expensas de otra. Si se obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor obtendrá un enriquecimiento indebido, pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más[25].

En conclusión, los fundamentos esenciales de la *Rebus* yacen en los principios de la buena fe y la conservación del negocio jurídico. Su aplicación teleológica busca preservar la finalidad económica de las partes al momento de la contratación y el negocio en sí mismo. En la práctica, la *Rebus* conlleva el restablecimiento de las prestaciones del contrato y su economía, esencialmente, mediante la implementación de mecanismos de "reequilibrio" o "compensación" por las circunstancias sobrevenidas.

2.2. Los riesgos en los contratos

2.2.1. La asignación de riesgos

En los contratos de tracto sucesivo, privados o públicos, pueden ocurrir contingencias[26] que afectan la ejecución contractual y causan una variación en el resultado esperado y pactado al momento de la celebración del contrato; principalmente, a nivel de costos, ingresos, egresos y rentabilidad. Estas contingencias son los riesgos[27]. La materialización de un riesgo puede incidir drásticamente en el equilibrio económico del contrato y romper la equivalencia de prestaciones. Sin embargo, en términos técnicos, la aplicación de la *Rebus* y el restablecimiento del equilibrio económico dependerá de los riesgos que asumieron las partes en el contrato.

La asignación y asunción de riesgos en los contratos puede provenir, y es recomendable que provenga, de una convención expresa entre los contratantes. De manera supletoria, los riesgos pueden ser asignados por una disposición

25 Ibid., párr. 16.

26 El *Diccionario de la lengua española* define a la palabra *contingencia*, en su primera acepción, como una: "Posibilidad de que algo suceda o no suceda". Real Academia Española, "Contingencia", *Diccionario de la lengua española*, https://dle.rae.es/contingencia.

27 El *Diccionario panhispánico del español jurídico* define a la palabra *riesgo*, en su primera acepción, como una: "Contingencia o proximidad de un daño". Real Academia Española, "Riesgo", *Diccionario panhispánico del español jurídico*, https://dpej.rae.es/lema/riesgo.

normativa. A falta de alguna de las anteriores, la responsabilidad por los riesgos puede ser establecida por estándares o mejores prácticas (*best practices*) en la industria, sector o actividad económica de la que verse el objeto del contrato. Incluso, la naturaleza jurídica del contrato también puede ser útil para determinar la parte que debe responder por la materialización de un riesgo.

En general, la asignación de riesgos[28] es un proceso esencial que debe ser tratado y negociado durante la etapa de formación del contrato (por ejemplo, en las tratativas preliminares o negociaciones previas a su celebración). La distribución adecuada de riesgos permite gestionar la incertidumbre de las contingencias que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes y determinar *ex ante* la responsabilidad por los efectos adversos, jurídicos y económicos, causados por su materialización.

Una asignación eficiente de riesgos exige, en lo fundamental, la identificación anticipada de las posibles contingencias de la ejecución contractual; la jerarquización de riesgos y su asignación a la parte más apta para gestionarlos, según su experiencia o conocimiento en la materia[29]. Finalmente, (i) se establecen medidas oportunas de gestión y mitigación, como la contratación de seguros, garantías o derivados financieros, umbrales de ajuste o tolerancia; y, (ii) se pactan medidas de reequilibrio o compensación para la parte afectada por el riesgo acaecido, como la compensación económica, la ampliación del plazo contractual, la reducción de cargas o contraprestaciones.

En lo que atañe a este documento, la distribución de riesgos entre las partes, previo a la celebración del contrato, permite, en su generalidad, determinar el contratante que asumirá la responsabilidad si la contingencia se materializa y produce un incremento de costos o la disminución de ingresos, beneficios o rentabilidad esperados. Es decir, la asignación del riesgo permite establecer qué contratante es responsable de los efectos jurídicos y económicos adversos causados por la ocurrencia de un riesgo.

Este es un asunto medular. Desde la perspectiva económica, usualmente los riesgos se cuantifican y se contabilizan en la estructura de costos de los contratantes porque su ocurrencia puede tener un impacto significativo en el equilibrio económico. Por estos motivos, ante la mayor probabilidad de acaecimiento de un riesgo asumido por una parte en un contrato, más alta será la retribución o remuneración que exija como contraprestación, y viceversa. Aunque se trata un asunto que debe ser analizado caso por caso, lo cierto es que la asignación de riesgos afecta el modelo financiero de un negocio que

28 En el derecho anglosajón se usa una terminología específica denominada *risk allocation*, que puede ser entendida como "alocación" o "asignación del riesgo".

29 En este sentido, recomendamos revisar la guía elaborada por la International Organization for Standardization ISO 31000:2018: *Risk management-Principles and guidelines*, https://www.iso.org/standard/65694.html - lifecycle.

se instrumenta en un contrato. En lo principal, porque, en la mayoría de los casos la asunción del riesgo, su gestión y su eventual materialización impacta en los costos, ingresos, egresos o beneficios del contratante responsable.

Ahora bien, hay algunos riesgos típicos que se asignan a las partes, en la normativa o por acuerdo en el contrato. Por ejemplo, el artículo 1566 del Código Civil ecuatoriano dispone una regla de asignación del riesgo de la "cosa debida", cuando es un cuerpo cierto:

> El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega[30].

Para comprender la regla indicada, revisemos un ejemplo práctico con un contrato de compraventa de un inmueble. En aplicación de la regla general de la norma citada, el acreedor (el comprador) asume el riesgo del cuerpo cierto (inmueble) que está pendiente de entrega, salvo que el deudor (el vendedor) esté constituido en mora o que haya prometido la entrega de la misma cosa a diferentes personas, por obligaciones distintas. En el supuesto de que se materialice el riesgo, por ejemplo, la destrucción, el daño o avería de la cosa que se debe, antes de la entrega por parte del deudor, entonces el acreedor debe pagar el precio debido, ya que asumió el riesgo del inmueble (la cosa debida). Este ejemplo ilustra la asignación de un riesgo previsto en la normativa[31]; sin perjuicio de que, naturalmente, las partes pueden pactar una asignación distinta.

Revisemos otro ejemplo en un contrato estatal. En contratos más complejos, como los de gestión delegada, concesión, de servicios públicos (por ejemplo, puertos, aeropuertos, agua potable, electricidad) o sectores estratégicos (por ejemplo, hidrocarburos, minería, telecomunicaciones) suele ser un riesgo típico el medio ambiental. El artículo 9, numeral 4, del Código Orgánico del Ambiente ecuatoriano prevé una regla normativa de asignación del riesgo medioambiental:

> Art. 9.- Principios ambientales. […]
> 4. El que contamina paga. Quien realice o promueva una actividad que contamine o que lo haga en el futuro, deberá incorporar a sus costos de producción todas las medidas necesarias para prevenirla, evitarla o reducirla. Asimismo, quien contamine estará obligado a la reparación integral y la indemnización a los perjudicados, adoptando medidas de compensación a las poblaciones afectadas y al pago de las sanciones que correspondan[32].

30 Artículo 1566, CC.
31 Naturalmente, es una regla que puede ser variada por acuerdo de las partes y que admite la modulación de los efectos jurídicos y económicos dependiendo de la eventual existencia de la culpa o no de las partes.
32 Código Orgánico del Ambiente [CODA], R. O. Suplemento 983 del 12 de abril de 2017, reformado por última vez R. O. Suplemento 602 del 21 de diciembre de 2021.

Bajo la norma ejemplificativa referida, en la ejecución de un contrato de gestión delegada o concesión[33], el acaecimiento del riesgo implicaría la existencia de contaminación ambiental. En este caso, la responsabilidad ambiental se le asigna, por normativa, al que ha causado el daño. Además, la jurisprudencia nacional le asigna la responsabilidad a aquel que se aprovecha de la actividad que genera el riesgo: la teoría del riesgo generado[34]. El riesgo ambiental puede ser mitigado con instrumentos de gestión contractual, por ejemplo, pólizas de seguro, cláusulas de cierre y desmantelamiento al momento de la reversión del activo hidrocarburífero (*decommissioning*).

Los mismos ejemplos pueden ser utilizados para la asignación de riesgos en el contrato. En la compraventa, asumamos que el comprador pagó una parte del precio al vendedor al momento de la firma del contrato. Por ende, para proteger el dinero entregado, las partes acordaron que el vendedor tendría que realizar la tradición del inmueble con la inscripción en el Registro de la Propiedad dentro de los diez días posteriores a la suscripción y, por fuera de ese plazo, asumiría el riesgo de la entrega del inmueble. Si el vendedor no inscribió la transferencia de dominio dentro del plazo indicado y el edificio en el que se encontraba el inmueble sufre un incendio y se destruye, el vendedor estará obligado a entregar el inmueble o, por equivalencia, indemnizar por el valor total. En este caso, vemos la asignación de un riesgo pactada en el contrato[35].

Los ejemplos comentados ilustran la relevancia del proceso de asignación de riesgos en los contratos. Como se observa, la distribución convencional de riesgos es más prudente que la prevista en la normativa. Y, ante la ausencia de un pacto, la asignación de riesgos prevista en ciertas normas puede resultar más gravosa para los contratantes que hacerlo *ex ante* en la etapa precontractual.

2.2.2. Los riesgos previsibles e imprevisibles

Conviene precisar que todo contrato acarrea unos riesgos ordinarios y normales, que se conocen como el *alea normal* del contrato[36]. Por otro lado, mientras se ejecuta el contrato pueden suceder eventos que materializan riesgos extraordinarios, que no pudieron ser previstos por las partes, incluso cuando una de ellas es un profesional experto en una actividad, arte u oficio. Bajo estas

33 En este caso, aclaramos que la materialización del riesgo puede tener alcances y efectos contractuales y extracontractuales, según el caso.

34 Delfina c. Petroecuador y otros, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución n.º 229-2002, 19 de marzo de 2003.

35 En general, la predictibilidad de un riesgo se puede establecer, razonablemente, sobre la base del estado de la ciencia (*state of the art*). En efecto, en determinadas industrias o sectores, el nivel desarrollo de una actividad económica puede llegar a tal punto que es más probable que una empresa que se dedica habitualmente a ella conozca los riesgos a los que está expuesta, en mayor y menor intensidad; y, por ende, sea más apta para su gestión y mitigación.

36 De manera ilustrativa, ver Agencia Presidencial de Cooperación de Internacional de Colombia —APC-Colombia—, "Manual de Identificación y distribución del riesgo contractual", *APC Colombia*, 6 de diciembre de 2022, https://apccolombia.gov.co/index.php/transparencia-y-acceso-la-informacion-publica/21-normativa-de-la-entidad/manuales.

premisas, en lo esencial, hay dos tipos de riesgos que pueden ocurrir en los contratos: (i) previsibles e (ii) imprevisibles.

Por un lado, el riesgo previsible es una contingencia que, en condiciones ordinarias, se puede esperar razonablemente que ocurra durante la ejecución de un contrato. Por ejemplo, en el contrato de obra, un riesgo previsible es la variación del precio de los materiales de construcción, derivada de la inflación o del incremento del índice de precios al consumidor (en adelante, "IPC"). En su generalidad, este riesgo se mitiga con una fórmula polinómica de reajuste de precios. La materialización del riesgo de variación de precios puede afectar el equilibrio económico y exigir el restablecimiento. De hecho, la aplicación de la fórmula de reajuste es un mecanismo convencional de compensación para el constructor afectado por la variación del precio de los materiales de construcción. En relación con este punto, la Corte Nacional señaló lo siguiente:

> Se establece el reajuste de precios en dólares. Para este efecto la fórmula polinómica será la misma del contrato y su índice subcero será el correspondiente a treinta días posteriores a la fecha de vigencia de esta Ley; disposición que evidencia la intención del legislador de paliar los problemas devenidos de la "dolarización"; h) Los incrementos de los componentes que son parte del contrato celebrado entre las partes, como salarios, precio de combustibles y asfalto, se suscitan, en definitiva, por acción del Estado ecuatoriano y no por acción u omisión del contratante, aspectos que obviamente causaron daño a la empresa demandante; razón por la cual debe necesariamente aplicarse el artículo 20 de la indicada Constitución Política de la República, disposición que prevalece sobre cualquiera otra, y que obliga a que el Estado indemnice a los particulares por los perjuicios irrogados por actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos[37].

Por otro lado, el riesgo imprevisible es una contingencia que no puede ser anticipada ni prevista por las partes y que acontece en situaciones extraordinarias[38]. Un ejemplo de este riesgo fue la pandemia por COVID-19. En efecto, la pandemia, al menos en sus primeros meses, fue un suceso sobrevenido y extraordinario, improbable de prever por las partes de un contrato. En este supuesto, habría que revisar a qué parte afectó la ocurrencia del riesgo para verificar la medida de reequilibrio o compensación correspondiente.

En los contratos, usualmente, las partes se distribuyen los riesgos que son previsibles y asumen las cargas que son inherentes: la mitigación y gestión. En

37 Constructora de Caminos S. A. c. Estado ecuatoriano, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 15 de febrero de 2011, párr. 15.

38 De manera ilustrativa, ver APC-Colombia, "Manual de identificación y distribución del riesgo contractual". Además, ver Legal Information Institute, Cornell Law School, "A Foreseeable Risk Is When a Reasonable Person in a Given Situation Should Know that Specific Harm Might Occur as a Result of Their Actions", https://www.law.cornell.edu/wex/foreseeable_risk#:~:text=Un%20riesgo%20previsible%20se%20da,trata%20de%20un%20riesgo%20previsible.

principio, la materialización de un riesgo previsible asumido convencionalmente por un contratante no dará lugar al restablecimiento del equilibrio económico; esto implica que la parte obligada deberá asumir los efectos adversos del evento ocurrido. Ello se debe a que las partes conocían la probabilidad de ocurrencia del riesgo al celebrar el contrato; por tanto, en teoría, no se alteraría significativamente la equivalencia originaria de las prestaciones.

Por su parte, los riesgos imprevisibles[39], una vez acaecidos, pueden alterar sustancialmente las circunstancias que existían al momento de la celebración del contrato. Al ser imprevisibles pueden quebrantar la equivalencia de prestaciones y, consecuentemente, el equilibrio económico. Por estos motivos, la *Rebus* será aplicable ante la ocurrencia de riesgos imprevisibles.

Ahora, la distinción entre riesgos previsibles e imprevisibles no es una regla absoluta para determinar una afectación al equilibrio económico y la ruptura de la equivalencia de prestaciones. La procedencia de la *Rebus* y el restablecimiento debe ser evaluada en cada ocasión, conforme el cumplimiento de los requisitos que estudiamos a continuación.

3. Presupuestos generales para la aplicación de la *rebus sic stantibus*

La *Rebus* puede aplicarse cuando concurren presupuestos o requisitos que buscan un balance entre el respeto al principio *pacta sunt servanda* y la justicia contractual frente a eventos extraordinarios[40] que rompen el equilibrio prestacional. En específico, los requisitos generales para que proceda la *Rebus* y el restablecimiento son los siguientes: (i) el contrato debe ser bilateral y de tracto sucesivo; (ii) el evento debe ser imprevisible y extraordinario; (iii) el cambio en las circunstancias debe causar una alternación sustancial en las prestaciones de una de las partes.

3.1. Naturaleza del contrato: tracto sucesivo

La *Rebus* aplica a los contratos con prestaciones que se cumplen a lo largo del tiempo (por ejemplo, contratos de suministro, arrendamiento, concesión); o cuya ejecución se realiza en una fecha futura, aun cuando se haya pactado desde el presente, (por ejemplo, contratos de ejecución diferida). La doctrina, como Vodanovic, ha establecido que la *Rebus* procede ante la ruptura de la equivalencia de prestaciones en contratos de tracto sucesivo, ejecución continuada, periódica o diferida[41].

39 Tomás-Ramón Fernández, "Los riesgos imprevistos en el contrato de obras", *Revista de Administración Pública* 201, n.º10 (septiembre-diciembre 2016): 205, http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.08. Los riesgos imprevisibles son los que generalmente están fuera del "alea normal" del contrato.

40 De manera ilustrativa, ver APC-Colombia, "Manual de identificación y distribución del riesgo contractual".

41 Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic, *Tratado de las obligaciones: Volumen de la modificación y extinción de las obligaciones*, 152.

La razón radica en que en este tipo de contratos existe una exposición prolongada en el tiempo a circunstancias cambiantes, que pueden variar las condiciones originales bajo las que se celebró el contrato. En los contratos de ejecución instantánea no existe tal exposición, porque el riesgo se concentra en un solo momento; por ende, estos contratos tienen unos remedios específicos ante supuestos de desequilibrios en las prestaciones de las partes (por ejemplo, la lesión enorme).

3.2. El evento debe ser extraordinario e imprevisible

El segundo requisito es que debe haberse producido un acontecimiento externo, ajeno a la voluntad de las partes. Además, este evento debe ser extraordinario; es decir, una contingencia anormal en el contexto del contrato. Por regla general, el acontecimiento debe ser imprevisible para las partes y debe sobrevenir a la celebración del contrato[42].

Conviene precisar que la imprevisibilidad se valora de manera objetiva. Esto es, se exige que el evento no pudiera ser razonablemente previsto por una persona prudente en la misma situación[43]. Entre los ejemplos típicos de este tipo de acontecimientos imprevisibles se pueden mencionar las condiciones macroeconómicas adversas (por ejemplo, alta inflación, inestabilidad cambiaria, variaciones en tasas de interés), conflictos armados o cambios legislativos que alteren sustancialmente el contexto en que el contrato fue concebido y celebrado.

3.3. El acontecimiento debe causar una alteración sustancial en las prestaciones de una de las partes

Finalmente, el acontecimiento sobrevenido y extraordinario debe causar una alteración sustancial en las prestaciones a cargo de una parte. En general, una alteración es sustancial cuando la prestación asumida por un contratante se vuelve excesivamente onerosa, de tal forma que rompe el equilibrio funcional del contrato: el resultado económico perseguido por las partes al momento de la celebración.

En otras palabras, el contratante que invoca la *Rebus* debe probar que el cumplimiento de sus obligaciones se ha tornado más gravoso de lo que originalmente se acordó. En este caso, se trata del cumplimiento de una carga probatoria para el afectado, quien deberá acreditar, en lo principal (i) la existencia de la circunstancia sobrevenida y anormal; (ii) el desequilibrio económico en el contrato; y (iii) la relación causal entre (i) y (ii). La excesiva onerosidad de la prestación, esto es, la ruptura del equilibrio económico podrá acreditarse, entre otros, mediante una prueba que evidencie el incremento de costos y/o

42 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 829.

43 Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic, *Tratado de las obligaciones: Volumen de la modificación y extinción de las obligaciones*, 154.

gastos; o, una disminución de la rentabilidad esperada. Con ello, procederá la aplicación de la *Rebus* en el caso concreto[44].

4. Aplicación a los contratos sometidos al derecho privado y público

La institución de la *Rebus* adquiere igual relevancia en contratos regidos por el derecho privado y los sujetos al derecho público[45]. Especialmente, en escenarios donde el cumplimiento de las obligaciones se extiende en el tiempo y está expuesto a variables externas significativas (por ejemplo, actos de autoridad, modificaciones normativas, cambios de tipos de interés, devaluación de divisas). A continuación, comentamos algunos principios que deben ser considerados en cada caso.

En el ámbito privado, la aplicación de la cláusula está guiada, en lo fundamental, por criterios de equidad entre particulares. En este contexto, la aplicación de la *Rebus* y la revisión o adaptación contractual exige considerar el cumplimiento de los requisitos analizados en la sección precedente, la autonomía de la voluntad y la buena fe –ya que, como queda dicho, no son contrapuestas a la *Rebus*—.

En el contexto del derecho público, por ejemplo, en contratos administrativos, intervienen los principios de interés general y la continuidad de los servicios. Bajo este marco, la revisión del contrato requiere ciertas consideraciones particulares respecto de asuntos como el principio de legalidad, la planificación y el ciclo presupuestario. Estas consideraciones, aunque son necesarias, desde la perspectiva técnica y jurídica no son infranqueables para la procedencia de la *Rebus*. En específico, la Corte Nacional ha reconocido la aplicación de la *Rebus* en los contratos celebrados con el Estado:

> 4.7. Así, esta Sala de Casación recuerda que en todo contrato público subyace una ecuación económica-financiera, en virtud de la cual las prestaciones, derechos y obligaciones convenidas a cargo del contratista y en favor de la Administración pública contratante, deben guardar una correspondencia económica durante todo el iter del contrato. […]
> 4.8. En esta línea, cuando la ecuación económica-financiera de un contrato público se rompe o se desestabiliza, la parte lesionada tiene derecho a que se restablezca el equilibrio económico de las prestaciones

44 Ver, de forma ilustrativa, los diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Entre otros, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1938 (Sala Plena en lo Civil) y sentencias del Consejo de Estado del 11 de febrero de 1983, exp. 4929 (sección cuarta); 27 de marzo de 1992, Exp. 6353 (sección tercera); auto del 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588 (sección tercera) y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil n.º 561 del 11 de marzo de 1972 y 637 del 19 de septiembre de 1994, https://relatoria.colombiacompra.gov.co/wp-content/uploads/2024/04/1655847519317-1625159920368-25000-23-26-000-1996-02483-01_20183.pdf

45 En particular, debido a que en los contratos sometidos al derecho público son aplicables, ante ausencia de ley especial y de manera supletoria, las normas comunes del derecho de los contratos. Dichas normas comunes están contenidas en el Código Civil y, en lo que fuere pertinente y no contravenga la naturaleza del derecho público, en el Código de Comercio.

> convenidas. De manera especial, si "el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular contratante, este tiene derecho para que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria"[46].

Las particularidades teleológicas y normativas de cada contrato, en la esfera privada y pública, no repercuten en los fines de la *Rebus* y su implementación concreta. La comprensión del alcance y la operatividad práctica de la teoría de la imprevisión y la revisión del contrato depende de que se cumplan los requisitos analizados en la sección previa. Y es que, en los dos ámbitos, la *Rebus* tiene el reconocimiento en fuentes formales del derecho.

4.1. Contratos estatales

En general, los contratos estatales, nominados y típicos, usan pliegos de bases y modelos contractuales que son altamente regulados en la ley de la materia. En estos casos, usualmente, la distribución de riesgos viene dada por normas jurídicas, que asignan los riesgos previsibles entre las partes de manera "implícita", es decir, sin pacto expreso. Estos contratos son la regla general en la contratación estatal. En Ecuador estos contratos se encuentran regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, "LOSNCP")[47], que prevé el régimen más utilizado para contratar bienes y servicios con el Estado ecuatoriano.

Por ejemplo, en su generalidad, en los contratos de obra "llave en mano" o "a precio fijo", no cabe el reajuste de precios por la variación del IPC o la inflación: el riesgo del precio es asumido por el contratista. Sin embargo, en el mismo contrato, si la entidad pública contratante entregó los diseños del proyecto, realizados por sí misma o por un tercero consultor, y presentaron inconsistencias al momento de la construcción, el incremento del precio de la obra y el retardo en su terminación han de ser escenarios revisables bajo la *Rebus*. Por ende, son supuestos de restablecimiento y medidas de compensación o reequilibrio.
Asimismo, en la contratación con el Estado pueden existir contratos que, aunque constan referidos en la ley, su configuración y sus cláusulas específicas pueden ser negociadas entre las partes. En este sentido, la asignación de riesgos se produce en la negociación y por acuerdo entre los contratantes y responde, en lo esencial, a factores técnicos y económicos. En Ecuador, estos contratos atienden a la naturaleza jurídica de la entidad pública contratante

46 Ordóñez Molina Franklin c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas, párr. 4.7.

47 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNCP], R. O. Suplemento 395 del 4 de agosto de 2008, con la última reforma publicada el 7 de octubre de 2025. Se debe precisar que existen contratos que, aunque están nominados en la LOSNCP, por la fuente del financiamiento son extraídos del régimen rígido y estricto de la misma. Por ejemplo, entre otros: (i) los contratos financiados con préstamos y cooperación internacional previstos en el artículo 4 de la LOSNCP; o (ii) los contratos del régimen especial relacionados con el giro específico del negocio, establecidos en el art. 38, numeral 6, de la LOSNCP.

y están regidos, entre otros, por la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante, "LOEP")[48], por ejemplo, al tratar sobre la competencia asociativa[49] y la inversión en nuevos emprendimientos[50]. Otros casos similares se prevén en la normativa sectorial de contratación de empresas públicas en sectores estratégicos (por ejemplo, minería, hidrocarburos)[51].

En los contratos de gestión delegada o concesión, bajo modalidad de asociación público-privada, para la prestación de servicios públicos y explotación de sectores estratégicos se reconoce, con carácter general, que la variación de las circunstancias en el tiempo puede romper el equilibrio económico y alterar sustancialmente la equivalencia de prestaciones. En el régimen ecuatoriano de gestión delegada se incluyen cláusulas específicas que instrumentan la *Rebus* a través de mecanismos de restablecimiento y medidas de compensación, considerando los riesgos asumidos por las partes. En la actualidad, dicho régimen está contenido en la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo[52] (en adelante, "LOEE") y el Reglamento General de la LOEE[53] (en adelante, el "RLOEE").

En específico, el artículo 45, numeral 11, de la LOEE prevé el contenido mínimo del contrato de gestión delegada y dispone que debe incluir, entre otros "mecanismos de ajuste de pagos y compensaciones de acuerdo con la asignación de riesgos". Por su parte, el artículo 331 del RLOEE es más contundente y prevé que el contrato debe "preservar el equilibrio" y prever mecanismos y procedimientos de compensación. En concreto, la norma referida dispone que "el Contrato APP deberá preservar el equilibrio que sustenta la matriz de asignación de riesgos, y contener los mecanismos y procedimientos de compensación necesarios cuando se verifiquen hechos que alteren dicha asignación de riesgos"[54].

48 Los supuestos de excepción de la LOSNCP mencionados arriba, entre otros, también forman parte de esta clasificación contractual atípica.

49 Artículo 35, Ley Orgánica de Empresas Públicas [LOEP]. R. O. Suplemento 48 del 16 de octubre de 2009. Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República.

50 Artículo 36, LOEP. "Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los arts. 315 y 316 de la Constitución de la República".

51 Ver la normativa aplicable a los procedimientos para contrataciones de actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos de Petroamazonas, actual Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador Petroecuador EP.

52 LOEE, R. O. Suplemento 449 de 20 de diciembre de 2023, reformada por última vez R. O. Suplemento 140 del 7 de octubre de 2025.

53 RLOEE, R. O. Tercer Suplemento 496 de 9 de febrero de 2024, reformada por última vez R. O. Suplemento 185 del 16 de diciembre de 2025.

54 Artículo 331, RLOEE.

Las normas referidas evidencian que el ordenamiento jurídico ecuatoriano dispone, expresamente, que los contratos sometidos al régimen de gestión delegada deben preservar el equilibrio contractual. Por ende, deben establecer el procedimiento y las medidas de compensación aplicables cuando se afecta el equilibrio económico, en consideración a la asignación de riesgos. Conviene precisar que las medidas de reequilibrio o compensación para restablecer la equivalencia de prestaciones se distinguen de cualquier indemnización por incumplimiento de la entidad contratante. De tal manera, la Corte Nacional ha dictaminado lo siguiente:

> cuando se rompa el equilibrio de las prestaciones y las contraprestaciones, la Administración pública está obligada a restablecerlo, no cuando (por otras razones) la Administración pública tiene obligaciones impagas con la contratista. Sobre dicho particular ha explicado el maestro Juan Santamaría Pastor que: "reequilibrar alude a las operaciones necesarias de urgencia dirigidas a mantener las condiciones financieras mínimas para que una empresa pueda mantener su actividad en un entorno de riesgo; algo que nada tiene que ver con la indemnización debida por un incumplimiento contractual, consista o no en una modificación unilateral, que no persigue *per se* asegurar la viabilidad de una empresa, sino solo restaurar íntegramente el valor de las prestaciones previstas en el contrato" [Juan Santamaría Pastor, "¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y de 19 de febrero de 2020"[55].

En síntesis, en los contratos estatales, la *Rebus* será aplicable a la generalidad de eventos que afecten el equilibrio económico y provoquen la ruptura de la equivalencia de prestaciones. Para este efecto, se han de considerar los riesgos asignados y distribuidos entre las partes. Finalmente, en atención a la especialidad de la materia, merecen una revisión detallada ciertos supuestos concretos de actuaciones del Estado en los que se aplica la *Rebus*: (i) el hecho del príncipe[56] (*factum principis*); y, (ii) la potestad de modificación del contrato[57] (*ius variandi*).

55 Kaya Construcciones S. A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago, párr. 4.14.

56 María Matute Botella, "*El factum principis* como técnica de equilibrio económico del contrato administrativo", *Anales de la Facultad de Derecho* 36 (2019): 5, https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/15516/El%20factum%20principis%20como%20tecnica%20de%20equilibrio%20economico%20del%20contrato%20administrativo%20.pdf?sequence=1. "El *factum principis* es una técnica de equilibrio económico del contrato que, como manifestación del principio del equivalente económico, constituye una garantía del contratista que funciona cuando se rompe de forma sustancial la ecuación financiera del contrato por actuaciones de la Administración pública que inciden indirectamente sobre la relación contractual provocando el desequilibrio de las prestaciones".

57 La definición de *ius variandi* en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* es el siguiente: "Privilegio de la Administración que le permite modificar, invocando razones de interés público, las condiciones no esenciales de un contrato mientras están siendo ejecutado por el contratista y aunque la modificación no estuviera prevista en el pliego". Real Academia Española, "*Rebus sic stantibus*", *Diccionario panhispánico del español jurídico,* https://dpej.rae.es/lema/ius-variandi. En nuestro criterio, no se trata de una potestad absoluta de la Administración pública, pues tiene límites implícitos y explícitos; especialmente la aplicación de medidas de reequilibrio o compensación para el contratista o gestor delegado.

4.2. Hecho del príncipe

El hecho del príncipe es un instrumento para la preservación del equilibrio económico. Está constituido por:

> causas que alteran el equilibrio económico del contrato imputables a la Administración como autoridad en ejercicio de su función estatal. Esta técnica alude a medidas administrativas generales que no modifican directamente el objeto del contrato, pero repercuten en él haciéndolo más oneroso para el contratista por causas no imputables a él[58].

El hecho del príncipe descansa en el criterio de que un administrado no puede ser perjudicado por el cumplimiento de un contrato administrativo so pretexto del interés público. De tal forma, resultaría inconcebible el menoscabo patrimonial sin compensación al contratista, por ejemplo, por una norma general que trastorne o altere la economía del contrato celebrado con la Administración[59]. Ahora bien, para la aplicación de la teoría del acto del príncipe deben cumplirse los requisitos que se revisan a continuación.

Primero, la expedición de un acto general y abstracto. Este acto puede ser legislativo[60], normativo o administrativo de efectos generales, entre otras manifestaciones. La generalidad del acto implica que se dirige en forma indeterminada e impersonal hacia los administrados en tal modo que regulan, disponen, habilitan o impiden la adopción de ciertas conductas[61]. Caso contrario, si fuera un acto particular, estaríamos en presencia del ejercicio de potestades exorbitantes de la Administración pública (en concreto, del *ius variandi*) en el desarrollo del contrato público en específico[62].

Segundo, la incidencia directa o indirecta del acto estatal en el contrato[63]. Sobre este requisito, se ha afirmado que el hecho del príncipe difiere del hecho de la Administración. La diferencia radica en que el hecho de la Administración se relaciona de forma directa con el contrato en tanto implica el ejercicio de potestades de entidad contratante. El hecho del príncipe se vincula a decisiones que adopta la autoridad pública como tal, sin influir en el contrato

58 Julián Parra Benítez, *La teoría de hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que restablecen el equilibrio económico contractual en los contratos estatales*: *La Ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011), 183.

59 Eyni Patricia Aponte Duarte y Mauricio Gamarra Reyes, *El hecho del príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Editorial Jurídica Andina, 2011), 430.

60 Respecto del acto legislativo, el Consejo de Estado de Colombia considera que, por regla general, no es susceptible de generar responsabilidad para el Estado, salvo cuando se viola el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

61 Sentencia n.º 41-20-AN/22, Corte Constitucional del Ecuador, 30 de marzo de 2022, párrs. 46.1 y 46.2. A efectos de delimitar el ejercicio de la competencia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador ha distinguido entre los actos administrativos de carácter general (respecto de los que sí cabe control abstracto) y los actos administrativos con efectos individuales o plurindividuales (de los cuales no cabe control abstracto).

62 Inconstruc Ltda. c. Invias, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Radicación n.º 14577, párr. 25.

63 Id.

directamente sino de manera indirecta (refleja), por ende, no es considerado una actuación en el marco del contrato. De forma ilustrativa, el Consejo de Estado de Colombia ha sostenido lo siguiente:

> En este sentido, el hecho del príncipe se diferencia del hecho de la administración en que mientras que este último se relaciona directamente con el contrato, con el carácter que tiene la Administración en él como parte contratante, es decir, con verdaderas conductas contractuales, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la autoridad pública adopta, no como parte en el contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa sino refleja. No hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de autoridad pública[64].

A partir de esta diferenciación, existen dos criterios respecto de qué actos deben considerarse hechos del príncipe, según la autoridad que los emite.

El primer criterio es amplio. Este criterio considera como hecho del príncipe al acto general emitido por la entidad contratante; al igual que al acto general emitido por un órgano administrativo de la misma persona jurídica de derecho público (por ejemplo, un ministerio, respecto de la Administración pública central). En este último caso, el órgano del Estado que expide el acto general (por ejemplo, un ministerio) no es parte de la relación contractual, aunque forma parte de la misma Administración pública. El segundo criterio es restringido. Bajo este criterio, el hecho del príncipe se caracteriza por su aplicación, únicamente en los casos en que el acto general es expedido por la misma entidad contratante (sin distinción de sus órganos).

Tercero, la alteración extraordinaria o anormal del equilibrio económico del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. Esta alteración debe resultar en un "perjuicio real, cierto, directo y especial al contratista". Es decir, el hecho del príncipe no es aplicable frente a alteraciones comunes u ordinarias (propias del alea normal), ya que el contratista tiene la carga de asumir cierto grado de riesgo al celebrar un contrato estatal. En concreto, los actos del Estado deben causar:

> una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el contratante", ya que "el alea normal", determinante de perjuicios "comunes" u "ordinarios", aun tratándose

64 Id.

> de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del contratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato[65].

Cuarto, la imprevisibilidad del acto general al momento de la celebración del contrato. El acto del Estado tiene que ocurrir de forma posterior a la presentación de la oferta o a la celebración del contrato y ser razonablemente imprevisto[66]. Finalmente, se debe precisar que no es necesario demostrar la ilegalidad o nulidad del acto para que el hecho del príncipe pueda ser aplicado y, en consecuencia, proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

4.2.1. Efectos del hecho del príncipe

Una vez que se manifestó el hecho del príncipe, mediante una actuación con las características que hemos revisado, la Administración pública tiene la obligación de establecer medidas de reequilibrio o compensación a favor del contratista. El hecho del príncipe genera para la Administración el deber de asumir las cargas que hagan más onerosa la ejecución contractual. En consecuencia, debe compensar integralmente al contratista cuando se configuren sus presupuestos. Entonces, el hecho del príncipe resulta en el deber legal del Estado de adoptar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del contrato.

En el derecho comparado, se ha señalado que el hecho del príncipe genera una obligación compensatoria, bajo el principio de intangibilidad patrimonial que rige la contratación administrativa[67] y, añadimos, al principio de enriquecimiento injusto. Sin embargo, no corresponde la compensación para las demás personas afectadas porque, al no estar vinculadas con el Estado mediante un contrato, no pueden alegar un perjuicio concreto derivado de una regla general y abstracta.

4.3. *Ius variandi*

El *ius variandi* es una potestad exorbitante de la Administración pública, en el marco de los contratos estatales, que le permite modificar las condiciones no esenciales del contrato. La prerrogativa de modificación contractual puede ejercerse dentro de límites razonables y se justifica por causa del interés público que se pretende satisfacer.

65 Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992), 482.
66 Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2009), 76.
67 Kathia Volio Cordero, "Los principios de la contratación administrativa: Un análisis del voto n.º 998-98 de la Sala Constitucional", *Revista Jurídica de Seguridad Social*, n.º 1 (junio de 2009): 20, https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica13/ensayo1.pdf.

En efecto, invocando el interés público, la Administración puede ejercer esta prerrogativa bajo criterios de oportunidad, mérito o conveniencia. De tal manera, se ha sostenido que el *ius variandi* será aplicable en aquellos casos en que se invoque una necesidad pública colectiva (el interés general) por sobre un fin económico privado[68]. El ejercicio de esta atribución tiene por consecuencia, en todos los casos, la aplicación de una medida de reequilibrio o compensación para el contratista afectado.

4.3.1. Requisitos del *ius variandi*

El ejercicio del *ius variandi* exige el cumplimiento de los siguientes requisitos. En primer lugar, el contrato debe encontrarse en ejecución. Esto implica que sus obligaciones deben perdurar en el tiempo y que la obra o suministro no haya sido recibida. El contrato tampoco debe haber terminado.

En segundo lugar, la modificación del contrato no debe efectuarse sobre términos esenciales. Más allá de los típicos elementos de la esencia de los contratos (aquellos sin los cuales el contrato no surte efecto alguno o degenera en otro contrato diferente)[69], los términos que no podrá variar la entidad contratante serán los establecidos en los documentos precontractuales (especialmente los términos de referencia o pliegos de base) que sirvieron para la formación de la voluntad administrativa en el contrato específico y la manifestación del consentimiento del contratista al presentar la oferta y al celebrar el contrato. En algunas legislaciones, como la ecuatoriana (en contratos regidos bajo la LOSNCP), la variación contractual no puede significar el incremento de las obras o los servicios por encima de porcentajes máximos específicos, ni puede reducirse por debajo de porcentajes mínimos establecidos[70]. Por ende, la limitación a la variación del contrato requiere una revisión caso a caso, que atienda al régimen jurídico aplicable al contrato y sus documentos precontractuales.

En tercer lugar, las circunstancias que motivan la variación del contrato deben ser sobrevenidas e imprevistas. Al igual que en el hecho del príncipe, el *ius variandi* exige que las circunstancias que afecten el equilibrio económico sean de carácter imprevisible, es decir, que no se hayan podido anticipar al momento de celebración del contrato. En cuarto lugar, la modificación debe

68 José Daniel Armando y Luis Miranda, "La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El contrato-ley", *Themis Revista de Derecho*, n.º 33 (febrero de 1996): 17, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109576.

69 Ver, de forma ilustrativa, el artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

70 De manera ejemplificativa, la LOSNCP admite, para contratos de obra, que la entidad contratante ordene la ejecución de rubros nuevos no previstos (órdenes de trabajo) hasta el 2 % del valor del contrato. En España, ver, entre otras, Ley 9/2017, del 8 de noviembre de Contratos del Sector Público [por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE], 26 de febrero de 2014.

constituir la única manera de satisfacer el interés público invocado. Como hemos mencionado, la modificación de los términos del contrato debe ser razonable y justificarse con motivo del interés público. Por ello, la variación debe sustentarse en un análisis costo-beneficio que descarte la existencia de medidas alternativas menos lesivas.

4.3.2. Efectos del *ius variandi*

Al igual que ocurre con el hecho del príncipe, el ejercicio de la potestad del *ius variandi* causa como principal efecto el deber de la Administración pública de establecer medidas de reequilibrio a favor del contratista. Respecto del fundamento, Dromi señala lo siguiente:

> El fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido[71].

Las medidas de reequilibrio o de compensación al contratista afectado por el ejercicio del *ius variandi* buscan restablecer las condiciones existentes al momento de la adjudicación o celebración del contrato. Es un derecho a la compensación del contratista frente a la Administración pública, orientado a reparar los efectos derivados del ejercicio de prerrogativas exorbitantes del Estado. Dicha compensación puede adoptar distintas formas, como el ajuste del precio, de tarifas, la ampliación del plazo o la modificación de los montos de inversión.

5. Mecanismos principales de restablecimiento

Una vez verificados los presupuestos de la *Rebus* y la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico, corresponde reajustar las cargas asumidas por las partes y retornar a la equivalencia de prestaciones mediante mecanismos de reequilibrio o compensación para el contratante afectado.

Por regla general, las medidas de restablecimiento y su procedimiento de implementación serán las pactadas en el contrato o en la legislación aplicable. En su defecto, ante la falta de pacto y de normativa, se podrán aplicar las medidas que más se aproximen a garantizar la finalidad económica perseguida al momento de la celebración del contrato. A continuación, revisamos las principales medidas que pueden ser aplicadas.

71 José Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 1, 396, citado en Oscar Trelles, "El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos", *Themis Revista de Derecho,* n.º 44 (2002): 237-251.

Primero, la compensación económica para la parte afectada. Según la circunstancia sobrevenida, se puede adoptar una medida de compensación dineraria a la parte que ha sufrido la alteración sustancial de sus obligaciones y ha tenido que soportar los efectos gravosos. En este caso, la compensación al contratante afectado puede revestir distintas formas, como el incremento, temporal o permanente, de la retribución económica; el pago de los sobrecostos incurridos; la reducción de pagos variables o cánones de concesión; y subsidios para los bienes o servicios afectados. Para este efecto, en caso de haberlo, se considerará el modelo financiero. En esta línea, la Corte Nacional estableció lo siguiente:

> Por último, a manera de *obiter dicta*, este tribunal de alzada considera importante clarificar cuál es la naturaleza del principio de equilibrio económico alegado por la casacionista. En el recurso, se manifestó que al momento de suscribir el acta la contratante pretendía romper con el equilibrio económico del contrato en cuanto a la liquidación del mismo. Es necesario por tanto recordar que el principio de equilibrio económico "consiste en la compensación económica ante una mayor onerosidad de las prestaciones"[72].

Segundo, la ampliación del plazo. Otra medida aplicable es la extensión del plazo del contrato, ya que la prolongación de la ejecución contractual puede ser necesaria, entre otros, para recuperar el tiempo de demora que afectó etapas del proyecto (por ejemplo, el diseño, la construcción o el inicio de operación). Además, la ampliación del plazo puede requerirse para que el negocio sea rentable y se alcancen los beneficios económicos y la rentabilidad esperados, que fueron mermados por un evento sobrevenido que afectó la ejecución de las fases contractuales.

Tercero, de manera excepcional, la terminación del contrato. Como hemos explicado en este documento, por regla general, la aplicación de la *Rebus* es un remedio para que el contrato se pueda cumplir, conforme el fin económico perseguido por las partes al momento de su celebración y el principio de conservación del negocio jurídico. En situaciones muy específicas, y por excepción, el restablecimiento del equilibrio económico puede no ser posible. En efecto, pueden acontecer situaciones sobrevenidas y extraordinarias que provoquen la imposibilidad material o técnica de continuar la ejecución del contrato, de tal forma que impidan su cumplimiento y continuación. En estos casos, la *Rebus* puede ser un medio necesario para limitar o impedir la propagación de los efectos gravosos e injustos para los contratantes. Así, roto el equilibrio económico y sin la posibilidad de retornar a la equivalencia de

72 Kaya Construcciones S. A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago, párr. 4.13.

prestaciones, la *Rebus* es un remedio rescisorio[73] propio de la terminación y con un efecto hacia el futuro para las partes (*ex nunc*). Revisemos un ejemplo.

Supongamos que el Estado y un gestor delegado (concesionario) celebraron un contrato para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de una central hidroeléctrica. Al momento de la suscripción del contrato se estimó que la central se alimentaría del cauce de un río específico. Mientras se desarrollaban las fases de diseño y construcción, por factores naturales imprevisibles, el cauce del río se secó y dejó de producir el caudal de aprovechamiento requerido para la generación eléctrica. En este escenario, sería técnicamente imposible que la central hidroeléctrica, una vez construida, genere la energía prevista en el contrato, por lo que la circunstancia sobrevenida impediría el restablecimiento del equilibrio económico. Este ejemplo ilustra lo comentado, la *Rebus* podría ser aplicada como un remedio rescisorio, de terminación, hacia el futuro. En cualquier caso, incluso en el ejemplo comentado, será necesario revisar si el contratista afectado deberá ser compensado por las inversiones y costos incurridos mientras ejecutó el contrato.

6. Otras cláusulas con efectos similares a la *rebus sic stantibus* en el derecho comparado

En el derecho comparado existen figuras que, aunque formuladas bajo denominaciones y estructuras distintas, cumplen una función análoga a la *Rebus*. Entre las más relevantes se encuentra la cláusula *hardship*, ampliamente utilizada en los contratos comerciales internacionales. Dicha cláusula permite a las partes renegociar las condiciones contractuales ante un acontecimiento imprevisto y ajeno a su control que torna la ejecución del contrato excesivamente onerosa[74]; naturalmente, cuando la ejecución del contrato aún sea jurídicamente posible.

Asimismo, en el ámbito de las operaciones comerciales, especialmente en contratos de fusiones y adquisiciones de empresas, se emplea con frecuencia la cláusula *material adverse change* (en adelante MAC). Según María Fenollar, dichas cláusulas "surgen como un recurso contractual que permite a la parte que lo va a ejercer resolver el contrato o renegociar sus términos"[75]. Por tanto,

73 Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la rescisión es: "En sentido estricto, procedimiento iniciado a petición del interesado que lleva a dejar sin efecto un acto jurídico válido para evitar consecuencias injustas", https://dpej.rae.es/lema/rescisi%C3%B3n.
Por tanto, cuando decimos que la *Rebus* puede ser utilizada como un remedio rescisorio nos referimos a la terminación del contrato, por razones de equidad y justicia; tal como ocurre, por ejemplo, en otro tipo de contratos con la lesión enorme. En sentido contrario, no hablamos de la rescisión como el remedio para la declaración de nulidad de un acto o contrato que incurrió en un vicio de nulidad relativa, como suele entenderse bajo el régimen del Código Civil ecuatoriano y otros códigos civiles comparados.

74 Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata, "La cláusula de *hardship* en la contratación internacional", *Revista e-mercatoria* 4, n.º 2 (diciembre de 2005): 10, https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2101.

75 María Fenollar González, "Las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* 12 (2019): 197, https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40971/clausulas_fenollar_AFDUA_2019.pdf?sequence=1.

la cláusula MAC faculta a una de las partes para suspender, renegociar o incluso terminar el contrato cuando se produce un cambio material adverso que le afecta de manera significativa o a las condiciones económicas pactadas. A diferencia de la *Rebus*, la cláusula MAC se pacta de forma expresa y delimita, con mayor precisión, qué eventos constituyen un cambio sustancial adverso, otorgando así un marco contractual previsible.

En esencia, estas cláusulas, aunque fueron desarrolladas en ordenamientos jurídicos distintos y ajenos a la tradición romano-germánica, evidencian el reconocimiento implícito de la *Rebus*, en cuanto admiten la necesidad de adaptar o revisar los contratos frente a alteraciones extraordinarias de las circunstancias que afectan el equilibrio original de las prestaciones. A continuación, se presenta una tabla que resume las particularidades de cada una:

Tabla 1. Comparación entre las cláusulas *rebus sic stantibus*, *hardship* y MAC

	Rebus sic stantibus	***Hardship***	***MAC***
Naturaleza	Figura jurídica que permite responder frente a una alteración extraordinaria de las circunstancias contractuales.	Cláusula utilizada en contratos comerciales internacionales.	Cláusula incorporada en operaciones comerciales, especialmente en contratos de fusiones y adquisiciones de empresas.
Origen de la situación que la activa	Eventos sobrevenidos y extraordinarios que afectan el equilibrio original de las prestaciones.	Acontecimiento imprevisto y ajeno al control de las partes que torna la ejecución excesivamente onerosa.	Cambio material adverso que afecta significativamente a una de las partes o a las condiciones económicas pactadas.
Finalidad y efecto sobre el contrato	Adaptación, revisión o terminación del contrato.	Renegociación de las condiciones contractuales.	Suspensión, renegociación o terminación del contrato.
¿Debe estar expresamente pactada?	Incorporada implícitamente. Además, puede pactarse una cláusula expresa.	Se presenta como una cláusula expresa.	Se presenta como una cláusula expresa.

7. La *rebus sic stantibus* versus la fuerza mayor

Los eximentes de responsabilidad constituyen supuestos jurídicos en los que, una vez acreditados sus requisitos, liberan a una persona del cumplimiento de determinadas obligaciones o de la imputación de responsabilidad por su incumplimiento. Los eximentes, por regla general, son: (i) la culpa de la víctima; (ii) la culpa atribuible a un tercero; y (iii) el caso fortuito o fuerza mayor. Dichas causales rompen el nexo de causalidad entre la conducta del presunto responsable y el daño producido, impidiendo la atribución de responsabilidad o eximiendo el cumplimiento de una obligación específica.

En concreto, la fuerza mayor constituye un eximente de responsabilidad bajo el derecho ecuatoriano. En efecto, el artículo 30 del Código Civil dispone: "se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."[76].

En consecuencia, la fuerza mayor se configura cuando concurre un hecho de carácter externo a la voluntad de las partes; esto es, un acontecimiento ajeno al contexto contractual en cuyo marco se produjo la afectación. En otros términos, la fuerza mayor se entiende como un suceso que no depende de la conducta de las partes vinculadas al negocio jurídico, por lo que no resulta imputable ni a quien ocasiona el daño ni a quien lo padece.

La fuerza mayor debe revestir el carácter de imprevisible, lo cual ocurre cuando no era posible anticipar razonablemente su acontecimiento antes de que se produjera. No obstante, la previsibilidad no constituye un criterio absoluto, sino que debe evaluarse atendiendo a las particularidades de cada caso concreto y en consideración a las circunstancias específicas que rodean la actividad desarrollada.

Finalmente, el hecho debe ser irresistible, lo que implica la existencia de una imposibilidad objetiva de evitar sus consecuencias. Esto supone que, aun empleando los medios razonables de prevención, fue imposible impedir la ocurrencia del suceso o neutralizar sus efectos (con medidas de mitigación).

Ahora bien, a lo largo del presente artículo se ha puesto de relieve la importancia de la *Rebus* como un instrumento jurídico destinado a restablecer el equilibrio prestacional entre los contratantes cuando sobrevienen hechos extraordinarios. Sin embargo, la *Rebus* no debe entenderse como un mecanismo orientado a la exención de responsabilidad de los contratantes (como si se tratase de un eximente de responsabilidad); al contrario, se trata de una

76 Artículo 30, CC.

herramienta de adaptación contractual frente a circunstancias sobrevenidas que alteran de manera sustancial las condiciones originalmente pactadas.

En este punto se evidencia la diferencia fundamental entre la fuerza mayor y la *Rebus*. La fuerza mayor opera como un eximente de responsabilidad que justifica el incumplimiento de una obligación determinada, en tanto rompe el nexo causal entre la conducta del deudor y el daño producido[77]. Por su parte, la *Rebus* persigue un objetivo distinto: la recomposición del equilibrio económico del contrato. La finalidad principal de la *Rebus* es permitir la continuidad del vínculo contractual, ajustando las prestaciones de las partes a fin de garantizar su cumplimiento en condiciones de equidad, razonabilidad y observancia del principio de la buena fe contractual.

8. Conclusiones

La *Rebus* es una institución del derecho de los contratos, que tiene reconocimiento en fuentes formales del derecho ecuatoriano y del derecho comparado: la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. La *Rebus* es aplicable a los contratos privados y públicos, atendiendo a las particularidades de cada régimen.

De manera general, la *Rebus* tiene fundamento en los principios de la buena fe y la conservación del negocio, y en la finalidad económica pretendida por las partes al momento de su celebración. El restablecimiento de la equivalencia de prestaciones opera como un instrumento exigido por la equidad para que las partes puedan cumplir el fin práctico y económico que persiguieron al suscribir el contrato.

La asignación de los riesgos entre las partes es una cuestión fundamental para verificar si el evento sobrevenido y extraordinario produjo la ruptura del equilibrio económico y el consecuente rompimiento de la equivalencia de prestaciones. Así, es necesaria la identificación de los riesgos asumidos por las partes, en atención a su experiencia o conocimiento en el sector, actividad o industria sobre la que versa el objeto del contrato. La *Rebus* se debe aplicar, caso por caso, verificando las circunstancias específicas que sucedieron y, naturalmente, probando la ocurrencia de cada una de ellas.

Cuando se verifican los requisitos necesarios para su procedencia, el restablecimiento implica la aplicación de medidas de reequilibrio o compensación para la parte afectada, como el pago económico, la extensión del plazo contractual, la modificación de tarifas o la reducción de pagos de concesión. Por

77 En criterio de los autores de este artículo, un evento que provoque fuerza mayor, por sí mismo, no queda excluido de constituir una circunstancia sobrevenida que justifique la aplicación de la *rebus* y el restablecimiento del equilibrio económico. Por ende, en cada caso, se requiere un análisis específico para determinar los alcances y efectos jurídicos del suceso; en especial, con atención a las disposiciones contractuales y las circunstancias concretas de su ejecución.

excepción, cuando el cumplimiento de las obligaciones se torna imposible, el restablecimiento del equilibrio económico y la equivalencia de prestaciones no es un remedio aplicable. En este caso excepcional, la *Rebus* puede ser considerada un remedio rescisorio para la terminación del contrato, con efectos hacia el futuro.

La existencia de la *Rebus*, ya sea de forma implícita o explícita, no es exclusiva del ordenamiento jurídico de tradición romano-germánica. Por el contrario, su aplicación puede observarse en otros sistemas jurídicos como el anglosajón, donde se manifiesta a través de cláusulas análogas específicas como el *hardship* y MAC.

En términos generales, esta institución se distingue de los eximentes de responsabilidad (en particular, de la fuerza mayor), en la medida en que la *Rebus* no tiene por finalidad justificar el incumplimiento de las obligaciones. Su objetivo principal es el restablecimiento del sinalagma contractual, cuando circunstancias sobrevenidas alteran de manera sustancial el equilibrio económico originalmente pactado. De tal forma, la *Rebus* permite la continuidad de la relación jurídica mediante la adaptación de las prestaciones a las nuevas condiciones.

PBP Pérez Bustamante & Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

WWW. PBPLAW.COM

Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

@pbplaw


AVL
ABOGADOS
Somos ética, innovación y experiencia
Somos resultados
Somos AVL Abogados
www.avl.com.ec
Av. Rep. de El Salvador N35-146 y Suecia,
Edif. Prisma Norte, Piso 11. C.P. 170505
+593 2 244 3866
info@avl.com.ec

Coronel & Pérez®

QUITO

Av. de los Shyris No. N35-174
y Suecia, Edif cio Renazzo Plaza

+593-2-6014000

GUAYAQUIL

Av. 9 de Octubre y Malecón,
Edif cio La Previsora

+593-4-3519900



RANKED FIRM 2026 LEADERS LEAGUE

Chambers RANKED IN Latin America 2026 Coronel & Pérez

LATIN LAWYER 250 2026 HIGHLY RECOMMENDED FIRM

TOP TIER FIRM Legal500 LATIN AMERICA 2026

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

Análisis de la arbitrabilidad de la materia tributaria en Ecuador: la transigibilidad como criterio habilitante y la falta de competencia de la Administración tributaria para someterse a arbitraje

Arbitrability of Tax Matters in Ecuador: Settleability as the Enabling Criterion and the Tax Administration's Lack of Capacity to Submit to Arbitration

Tomás Sebastián Boada Córdova*

Recibido / Received: 29/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4407

Citación:
Boada Córdova, Tomás. "Análisis de la arbitrabilidad de la materia tributaria en Ecuador: la transigibilidad como criterio habilitante y la falta de competencia de la Administración tributaria para someterse a arbitraje". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4407.

* Pérez Bustamante & Ponce, abogado asociado. Av. República de El Salvador N36-140, Edificio Mansión Blanca, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: tomasboada1@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0009-0008-4359-4060.

Resumen

A raíz de que la materia tributaria se haya declarado transigible, surge la interrogante en cuanto si la declaratoria de transigibilidad se entiende como un habilitante para que ciertas obligaciones tributarias sean arbitrables. Es precisamente por esto que este trabajo analiza de qué manera la materia tributaria es arbitrable bajo el marco normativo vigente. Para este fin, se analiza la figura de la transigibilidad incluyendo un análisis del fin ulterior de las normas que regulan la transigibilidad. Esta investigación muestra que, toda vez que la materia tributaria es transigible, y que la transigibilidad es el criterio de arbitrabilidad en Ecuador, la materia tributaria es objetivamente arbitrable. En esa misma línea, se concluye que si bien existe una habilitación legal para arbitrar obligaciones tributarias hace falta una norma en el marco jurídico ecuatoriano que faculte a la Administración tributaria a someterse a arbitraje.

Palabras clave

Arbitraje tributario; arbitrabilidad objetiva; transigibilidad; principio de legalidad tributaria; consentimiento de la Administración

Abstract

Since tax matters were declared capable of settlement, the question arises as to whether the declaration of negotiability is understood as enabling certain tax obligations to be arbitrable. It is precisely for this reason that this paper analyzes how tax matters are arbitrable under the current regulatory framework. To this end, the concept of negotiability is examined, including an exegetical analysis of the ultimate purpose of the rules governing negotiability. This research has found that, since tax matters are negotiable, and negotiability is the criterion for arbitrability in Ecuador, tax matters are objectively arbitrable. In the same vein, it is concluded that although there is legal authorization to arbitrate tax obligations, there is a lack of a regulation within the Ecuadorian legal framework that authorizes the Tax Administration to submit to arbitration in Ecuador.

Keywords

Tax arbitration; objective arbitrability; transigibility; principle of tax legality; consent of the Tax Administration

1. Introducción

En el mejor de los casos, un usuario de la función judicial en materia contencioso-tributaria espera 202 días de los 365 del año para obtener sentencia[1]. Esto quiere decir que, en un escenario optimista, un usuario, al someter su disputa a un juez de lo contencioso tributario, debe esperar más de medio año en incertidumbre. La misma suerte la viven 2292 usuarios en procesos impugnatorios y 11 308 usuarios en procesos contencioso-administrativos[2]. Elevadas cifras como estas obligan a cuestionar: ¿existen métodos más efectivos para resolver disputas en materia tributaria?

La respuesta corta es sí. Pareciera que el usuario del sistema judicial ve luz al final del túnel. A raíz de una reforma normativa, el Código Tributario reconoce a ciertas obligaciones tributarias como transigibles. Lamentablemente, la cuestión no es tan sencilla. Ese reconocimiento trae consigo una buena y una mala noticia para el usuario. Del lado positivo, los juzgados nacionales ya no son exclusivamente competentes para resolver disputas tributarias. Del lado negativo, la apertura a transigir obligaciones tributarias genera la duda sobre qué mecanismos alternativos a la justicia ordinaria proceden bajo el marco normativo vigente.

Tan engorrosa es la situación que el Servicio de Rentas Internas ha limitado estos mecanismos a la mediación, ignorando por completo que, cuando una materia es declarada transigible, es susceptible de, entre otras cosas, arbitrarse. Precisamente por eso el objetivo de este trabajo es responder a la pregunta: ¿de qué manera es posible arbitrar obligaciones tributarias bajo el marco normativo vigente?

Para dar respuesta a esta problemática, el trabajo se divide en dos puntos. Por un lado, demuestra la presencia de una habilitación legal para someter disputas tributarias a arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano toda vez que lo transigible es arbitrable. Por otro lado, aborda los desafíos y retos a los que se enfrenta la puesta en práctica del arbitraje tributario en Ecuador.

2. Desarrollo

El desarrollo se divide en tres partes. En primer lugar, se delimita el problema jurídico que rodea la arbitrabilidad de obligaciones tributarias (2.1). En segundo lugar, se argumenta que, en el marco normativo ecuatoriano, existe una habilitación legal para someter disputas tributarias a arbitraje (2.2). En tercer lugar, se dilucida respecto de los desafíos y las limitaciones que presenta la implementación del arbitraje tributario en Ecuador (2.3).

1 Literal b) Exposición de Motivos, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, R. O. 587, 29 de noviembre de 2021, reformada por última vez Suplemento 142 de 10 de octubre de 2025.

2 Literal b) Exposición de Motivos, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021.

2.1. Delimitación del problema jurídico que rodea la arbitrabilidad de obligaciones tributarias

La arbitrabilidad de obligaciones tributarias presenta un conflicto no menor. Al verse inmiscuida una potestad estatal, como lo es la facultad determinadora, se encienden varias alarmas para la Administración tributaria. Entre ellas, la que discute la idoneidad de la inclusión de un método alternativo de solución de disputas que no involucre exclusivamente a tribunales nacionales.

En el contexto ecuatoriano, Troya establece que el arbitraje es un método apropiado para resolver conflictos en materia tributaria en los órdenes nacional e internacional[3]. Esto debido a que este mecanismo puede ser la solución a la saturación que existe en los organismos judiciales para resolver disputas entre la Administración tributaria y los particulares.

Siendo este procedimiento un fenómeno de voluntad, el mismo autor, en cuanto al consentimiento para someterse a este mecanismo, manifiesta que la ley debe determinar los supuestos en los que la voluntad de las partes es eficaz para recurrir a arbitraje respecto de la obligación tributaria[4]. Este trabajo aborda dicho consentimiento en secciones posteriores.

Por su lado, Lozano, saliendo del contexto nacional y enfocándose en la esfera internacional, define al arbitraje tributario interno como aquel que busca resolver un conflicto de naturaleza tributaria entre contribuyentes y la Administración fiscal[5]. También expresa que, si bien Latinoamérica no sigue la tendencia global de admitir la resolución de disputas fiscales a través de arbitraje, algunos países —como Panamá, Argentina y Brasil— comienzan a admitir la arbitrabilidad en temáticas tributarias[6]. A criterio de la autora, compartido por este trabajo, admitir el aludido mecanismo de resolución de disputas resulta un escenario deseable.

En esa misma línea, García Prats[7], desde la visión española, concuerda con Troya ya que establece que el arbitraje tributario interno se muestra como una solución ante la elevadísima litigiosidad en materia tributaria y ante la crisis de justicia administrativa. Frente a su regulación, refiere que el mencionado procedimiento se encuentra en una situación de alegalidad, pues existe una falta de pronunciamiento del legislador respecto de la implementación del mecanismo.

3 José Vicente Troya Jaramillo, "Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional", *Foro: revista de derecho* 3 (2004), 5-43.
4 Ibid.
5 Eleonora Lozano, *Arbitraje tributario en Latinoamérica: Pasado, presente y prospectiva* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2023).
6 Ibid.
7 Francisco García, "Arbitraje (internacional) y Derecho Tributario: ¿un conflicto insalvable?", en *El arbitraje en materia tributaria*, ed. de Francisco Alfredo García Prats y José Carlos Pedroza López (España: Tirant lo Blanch, 2023), 81.

Fraga-Pittaluga[8] indica que no existe razón alguna de peso que justifique que un árbitro, aplicando derecho objetivo, no pueda determinar cuestiones en materia tributaria. Asimismo, es claro al indicar que, si bien el arbitraje tributario se funda en la voluntad de las partes, eso no significa que los árbitros podrán negociar respecto de la potestad tributaria, la existencia, cuantía y exigencia de una obligación tributaria, ni mucho menos la ocurrencia del hecho imponible.

Como se puede advertir, la literatura contempla la posibilidad de incluir al arbitraje como un mecanismo idóneo para la resolución de disputas tributarias. No obstante, su aplicación se ve aún lejana, especialmente en Latinoamérica. En el contexto ecuatoriano, esta problemática yace sin solución. Por ello, este trabajo se concentra en demostrar las bases que permiten este procedimiento en Ecuador.

Para demostrar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano habilita la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias, resulta indispensable explorar los cimientos normativos sobre los que descansa dicha posibilidad. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), reconoce al arbitraje como un método alternativo de resolución de disputas siempre y cuando este procedimiento se aplique en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir[9]. Además, establece que los actos administrativos solo se podrán impugnar a través de los órganos de la Función Judicial o de la vía administrativa[10].

En la misma línea, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) dispone que únicamente se podrán someter a arbitraje las controversias susceptibles de transacción[11]. De esta manera, resulta claro que para el sistema normativo ecuatoriano la capacidad de someter a arbitraje cierta materia se mide a través de si esta es transigible o no. Por ello, en el presente trabajo se analiza la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias a la luz su transigibilidad[12].

En cuanto a la transacción, el Código Civil (en adelante CC) la define como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual[13]. Entonces, el concepto de arbitrabilidad debe entenderse a partir de lo susceptible de transacción. No obstante, es importante mencionar que el CC no establece qué materias son transigibles, sino únicamente establece las materias que no lo son[14].

8 Luis Fraga-Pittaluga, *Arbitraje tributario interno e internacional* (Santiago: Ediciones Olejnik, 2023).
9 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 568 de 30 de mayo de 2024.
10 Artículo 173, CRE.
11 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R. O. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformada por última vez R. O. Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.
12 Esta aclaración es relevante para este trabajo toda vez que el análisis de arbitrabilidad no es equivalente en todos los ordenamientos jurídicos. Particularmente, en Ecuador se ha decidido adoptar el criterio de que lo transigible es arbitrable.
13 Artículo 2349, Código Civil [CC], R. O. 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. Suplemento 529 de 13 de marzo de 2025.
14 Artículos 2350-2357, CC.

Por su lado, el Código Tributario establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones[15]. Este trabajo tiene como misión compatibilizar esta acepción con la del CC en miras de admitir el arbitraje tributario en Ecuador.

Respecto a la transigibilidad de las obligaciones tributarias, la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal (en adelante Ley de Sostenibilidad Fiscal) establece que ciertas obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción[16]. Este artículo reviste vital importancia, pues es el punto de partida para argumentar que el arbitraje de obligaciones tributarias es posible en Ecuador.

En cuanto a la regulación de la transigibilidad de las obligaciones tributarias, la Resolución n.º NAC-DGERCGC22-00000036 del Servicio de Rentas Internas (en adelante Resolución) aborda a la transacción en materia tributaria y concluye que esta es solo posible a través de mediación[17]. En similar criterio se pronuncia el Código Tributario al establecer que la transacción extrajudicial se instrumenta a través de mediación[18]. Para efectos de este trabajo, lo determinado en la Resolución se contrapone a lo dispuesto en el Código Tributario y en la Ley de Sostenibilidad, por lo que corresponde dilucidar sobre su contenido. Precisamente, esta tensión normativa advertida refleja una discusión más amplia sobre la admisibilidad del arbitraje tributario, que ha generado posiciones encontradas tanto en la doctrina comparada como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por un lado, existe una postura que afirma que el arbitraje en materia tributaria no debería ser admitido. Esta corriente argumenta que la procedencia de arbitraje en materia tributaria violaría el principio de indisponibilidad de los créditos tributarios, pues estos son, por su naturaleza, indisponibles y, por lo tanto, no pueden ser objeto de transacción[19]. Asimismo, quienes sostienen esta postura mencionan que la materia tributaria está estrechamente relacionada con cuestiones de política pública y la preservación de intereses públicos[20]. Así, al ser la regulación tributaria una expresión clara y propia de la autoridad soberana de un Estado[21], estos preferirán reservar las disputas tributarias exclusivamente para los tribunales nacionales[22].

15 Artículo 37, Código Tributario, R. O. 38, 14 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. Suplemento 461 de 20 de diciembre de 2023.

16 Artículo 56.1, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021.

17 Artículo 1.2, Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0), resolución n.º NAC-DGERCGC22-00000036, Servicio de Rentas Internas, R. O. 114, 27 de julio de 2022, reformado por última vez R. O. 178 de 27 de octubre de 2022.

18 Artículo 56.8, Código Tributario.

19 Antonio Berliri, *Corso Istituzionale di Diritto Tributario* (Italia: Giuffrè Editore, 1974), 228 (traducción no oficial), citado en César García, "Mecanismos alternativos para la resolución de controversias: Su introducción en el derecho español", *Revista Técnica Tributaria* 59 (2002): 71-98.

20 María Naranjo, "The Plausibility of Submitting Contractual Tax Disputes Between States and Taxpaying Investors to International Commercial Arbitration (ICA)", tesis doctoral, Universidad de Londres, 2020, 1-60.

21 Lauren Brazier, "The Arbitrability of Investor-State Taxation Disputes in International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration* 32 (2015): 1-36.

22 Naranjo, "The Plausibility of Submitting Contractual Tax Disputes Between States and Taxpaying Investors to International Commercial Arbitration".

Por otro lado, de manera contrapuesta, otro sector de la doctrina considera que el arbitraje en materia tributaria debería ser admitido. Para esta postura la indisponibilidad del crédito no impide el arbitraje tributario, sino que exige la presencia de una habilitación legal previa que permita a la Administración recurrir a este mecanismo de solución de controversias[23]. En la misma línea, esta corriente demuestra que no existe contradicción entre el arbitraje tributario y el principio de indisponibilidad pues una cosa es la obligación tributaria (sus elementos esenciales, su nacimiento y las reglas para su correcta aplicación) y otra cosa completamente distinta es la posibilidad de que la Administración y el obligado tributario puedan, ejerciendo su voluntad, encomendar la resolución de sus controversias a un árbitro[24]. De igual manera, considera, en cuanto se halle reconocido el arbitraje como un medio alternativo de solución de disputas, que el Estado deja de ser el titular exclusivo de la facultad de administrar justicia en esta materia[25].

En el contexto ecuatoriano, la admisibilidad del arbitraje tributario es un tópico de discusión. Una primera postura, apoyándose en pronunciamientos del Servicio de Rentas Internas[26], argumenta que, si bien ciertos aspectos de las obligaciones tributarias son transigibles, esta transigibilidad únicamente se puede expresar a través de mediación[27]. En sentido opuesto, una segunda postura considera que el hecho de que se haya determinado que ciertas obligaciones tributarias son transigibles da paso a que estas sean susceptibles de arbitraje, pues basta que la materia sea transigible para someterse a este mecanismo[28].

El presente trabajo se desarrolla desde la perspectiva que admite el arbitraje tributario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta elección se hace en respuesta al reconocimiento de que, a pesar de que la normativa vigente restringe la transigibilidad de las obligaciones tributarias a mediación, esta limitación es errónea e ignora el presupuesto constitucional de que las materias transigibles son arbitrables.

2.2. Habilitación legislativa para someter disputas tributarias a arbitraje

Dado que las obligaciones tributarias han sido dotadas del carácter de transigibles, el objetivo de este trabajo es demostrar que esa categorización basta para someterlas a arbitraje. En primer lugar, se aborda al concepto de arbitrabilidad

23 Ramón Falcón y Tella, "El arbitraje tributario", en *Convención y arbitraje en el derecho tributario*, ed. Gabriel Elorriaga Pisarik (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996), 257-262.

24 Paula Vicente-Arche, "El arbitraje en materia tributaria en España: Viabilidad de su implementación", *Economic Analysis of Law Review* 11 (2020): 286-302.

25 Fraga-Pittaluga, *Arbitraje tributario interno e internacional*.

26 Esta postura usa de soporte al Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0) contenido en la resolución n.º NAC-DGERCGC22-00000036, que es objeto de análisis en este trabajo.

27 Samantha Yánez, "El arbitraje tributario en Ecuador", tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2023, 1-40.

28 Felipe Castro y Santiago Cisneros, "Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal", *USFQ Law Review* 9, n.º 1 (2022): 161-177, https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2591.

a la luz de la transigibilidad (2.2.1). En segundo lugar, se estudia la acepción de transigibilidad adoptada en el Código Tributario (2.2.2). En tercer lugar, se examina la acepción de transigibilidad adoptada en la Resolución del Servicio de Rentas Internas (2.2.3.).

2.2.1. Transacción y arbitrabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El arbitraje es un mecanismo a través del cual se pretende resolver extrajudicialmente las controversias que intercedan entre dos o más partes, las cuales acuerdan la intervención de un tercero (por ejemplo, un tribunal arbitral) para que los resuelva[29]. Este desplazamiento a la jurisdicción privada puede constituirse por la voluntad de las partes o por decisión del legislador[30].

Cuando la interrogante a contestar es si una materia es susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, se hace referencia a la arbitrabilidad objetiva[31]. Son los Estados, a través de su poder legislativo, quienes establecen el criterio bajo el cual se determina la arbitrabilidad de una materia[32]. En Ecuador, ese criterio es la transigibilidad.

La CRE y la LAM son claras al establecer que se puede recurrir a arbitraje siempre y cuando se trate sobre materias que sean susceptibles de transacción[33]. Incluso la Corte Constitucional se ha pronunciado al establecer que el arbitraje se aplica "con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[34]. Sin embargo, lo que parecería una fórmula lógica, "transigible = arbitrable", es objeto de discusión y controversia[35]. No obstante, este trabajo, al enfocarse en el ámbito tributario y, por tanto, en el derecho público, que no se refiere a derechos sino a facultades, centra su análisis únicamente sobre la base de esta noción.

Uno de los desafíos que presenta la transigibilidad en el derecho público es su relación con el principio de legalidad. Mientras que en el derecho privado los particulares gozan de este poder de disposición en virtud de su autonomía de la voluntad, en el derecho público "el problema surge debido a la ausencia

29 Osvaldo Gozaíni, *Formas alternativas para la resolución de conflictos: Arbitraje, mediación, conciliación, ombudsman, procesos alternativos* (Buenos Aires: Depalma, 1995).

30 Roque Caivano, *Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de conflictos* (Buenos Aires: AD-HOC, 1992).

31 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Londres: Oxford University Press, 2015).

32 Roque Caivano, "Arbitrabilidad y orden público", *Foro Jurídico* 12 (2013): 62-78.

33 Artículo 190, CRE, 2008; artículo 1, LAM, 2006.

34 Causa n.º 2520-18-EP/23, Corte Constitucional, Pleno de la Corte, 24 de mayo de 2023, 10.

35 Para cierta parte de la doctrina, el criterio de transigibilidad es inadecuado para definir la arbitrabilidad, pues se sostiene que para arbitrar no es necesario disponer de derechos. Si bien esta discusión es relevante, sale del alcance de este trabajo. Para profundizar más sobre el tema, ver Leonardo Coronel e Isabel Núñez, "La transigibilidad: Un criterio incorrecto de arbitrabilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 10 (2019): 155-186.

de esta nota de autonomía en la Administración, cuya actuación se encuentra vinculada en todo caso al ordenamiento jurídico"[36].

El caso ecuatoriano no es la excepción. Es un hecho que la Administración estatal funciona de acuerdo con las competencias que la ley crea[37]. Este criterio se recoge en la CRE al establecer que las instituciones del Estado ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y en la ley[38]. Por lo tanto, se puede afirmar que, en el derecho público ecuatoriano, para que una determinada materia sea transigible y, consecuentemente, arbitrable, debe existir una habilitación expresa en la ley que permita al administrado y a la Administración someterse a mencionado procedimiento[39]. Dicho esto, surge la pregunta: ¿cómo debe verse esta "habilitación expresa"? Para Flor y Peñafiel, el arbitraje tributario debe estar expresamente "previsto en la ley" y estar "claramente [establecido] lo que puede ser sometido a arbitraje"[40]. Dicho de otro modo, para estos autores, la habilitación legal debe versar específicamente sobre el arbitraje tributario.

Este trabajo se aleja de esta postura. La inclusión de frases como "procederá el arbitraje tributario" o "procede arbitrar obligaciones tributarias" en la norma habilitante no constituyen la posibilidad de ir a arbitraje, sino, al contrario, cumplen un rol meramente declarativo. Para efectos de este trabajo, que una materia sea determinada como transigible tiene como consecuencia que esta sea susceptible de someterse a arbitraje. En vista de que el Código Tributario determina que lo tributario es transigible[41], no cabe duda de que, para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la materia tributaria es objetivamente arbitrable. Debido a que en Ecuador ya está reconocida la transigibilidad de la materia tributaria y, por ende, su arbitrabilidad, si se quisiese prohibir el arbitraje tributario, ese obstáculo debería encontrarse en otra ley que lo impida expresamente.

En ese orden de ideas, Santos señala que, para eliminar cualquier incertidumbre de un impedimento para arbitrar materia tributaria en Ecuador, "el legislador debía ser explícito"[42]. A raíz de esto trae un modelo de artículo que sí contendría una prohibición:

> Art (…).- Arbitrabilidad de las obligaciones tributarias. Las obligaciones tributarias no son susceptibles de someterse a arbitraje en tanto involucren a una administración tributaria. Los derechos y obligaciones

36 María González-Cuéllar, "El arbitraje en el derecho tributario", *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* 167 (1997): 33.
37 Juan Aguilar, "Derecho administrativo y transigibilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 6 (2015): 249-269.
38 Artículo 226, CRE, 2008.
39 Castro y Cisneros, "Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal", 161-177.
40 Mario Flor y Juan Peñafiel, "El arbitraje tributario interno", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 4 (2013): 132, https://doi.org/10.18272/rea.i4.3572.
41 Artículo 56, numeral 1, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021; artículo 56, numeral 1, Código Tributario, 2005.
42 Oswaldo Santos, "El arbitraje en materia tributaria", XIII Conferencia de Arbitraje Nacional, Quito, Ecuador, 1 de diciembre de 2022.

> que deriven del pago hecho por un responsable de una obligación correspondiente a un contribuyente podrán someterse a arbitraje bajo los requisitos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Sobre la base de lo mencionado, en las siguientes secciones se analiza la normativa que regula la transacción de las obligaciones tributarias para demostrar que no existe prohibición para someterlas a arbitraje.

2.2.2. Transigibilidad en el Código Tributario

A raíz de la reforma establecida por la Ley de Sostenibilidad Fiscal, el Código Tributario establece en su artículo 37 a la transacción como modo de extinción de las obligaciones tributarias[43]. Además, menciona que la transacción extraprocesal[44] se puede efectuar "si y solo si se instrumenta en un acta de mediación suscrita por un mediador calificado"[45]. Para este efecto, en los artículos subsiguientes, establece parámetros de aplicación, requisitos y regulaciones para dicha mediación[46].

A primera vista, esta norma parecería ser un impedimento para la procedencia del arbitraje en materia tributaria, sin embargo, esta apreciación es incorrecta. El Código Tributario establece lo obvio: la mediación se efectúa a través de transacción. El CC define a la transacción como "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual…"[47]. Por lo tanto, es factible considerar que la mediación es una expresión del contrato de transacción. En este sentido, de manera acertada, Vide indica que "la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia"[48].

El hecho de que el Código Tributario opte por regular a la transacción de la mano de la mediación no es un obstáculo para que proceda el arbitraje tributario. En realidad, reafirma el hecho de que existe una habilitación legal para someter una disputa tributaria a arbitraje. Esta afirmación se fundamenta en el artículo 43 de la LAM, el cual establece que la mediación es un procedimiento que debe versar sobre materia transigible[49].

Como se mencionó en la sección anterior, el ordenamiento jurídico ecuatoriano únicamente exige que una materia sea transigible para ser arbitrable. Del

43 Artículo 37, Código Tributario, 2005.
44 El trabajo se enfoca únicamente en la transacción extraprocesal toda vez que la transacción intraprocesal se desarrolla dentro del proceso judicial de los tribunales nacionales, saliendo del espectro de análisis de este estudio.
45 Artículo 56, numeral 7, Código Tributario, 2005.
46 Artículo 56, numerales 7 y 16, Código Tributario, 2005.
47 Artículo 2348, Código Civil, 2005.
48 Carlos Rogel, "Mediación y transacción en el derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3 (2009): 258.
49 Artículo 43, LAM, 2005.

artículo anteriormente referido se puede apreciar que este criterio se traslada a la mediación. Puesto que el Código Tributario determina que las obligaciones de carácter fiscal son transigibles, poco o nada importa que este únicamente regule su ejercicio a través de mediación, pues este precepto normativo, por su naturaleza meramente declarativa, no autoriza ni niega la procedencia de arbitraje.

Esta línea argumentativa se refuerza al analizar la exposición de motivos de la Ley de Sostenibilidad Fiscal, la cual dio origen a la reforma del Código Tributario[50]. Dentro de estos, en su tercer apartado, en el título "Reformas necesarias al Código Tributario: seguridad jurídica y métodos alternativos de solución de conflictos" se encontrarán tres elementos clave para comprender el porqué de la reforma: (i) la voluntad del legislador, (ii) la noción de transigibilidad adoptada y (iii) el reconocimiento de la aplicabilidad del arbitraje.

Primero, en cuanto a la voluntad del legislador, esta se puede ver expresada en la ley. El texto legislativo se encuentra necesariamente acompañado por un contenido intelectual el cual traduce la voluntad del legislador o el pensamiento racional de la ley[51]. En este caso, ese pensamiento se expresa en la "incorporación de los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria"[52]. El legislador reconoce la posibilidad de que se incorporen métodos alternativos de solución de conflictos, en plural, sin limitar esta opción a un único mecanismo de solución de controversias, ni restringirlo exclusivamente a mediación.

Segundo, respecto a la noción de transigibilidad adoptada, esta se alinea con la postura de este trabajo, pues se establece que:

> [E]n materia fiscal, al tratarse de derecho público, se requiere una habilitación legislativa expresa para que [la] transigibilidad pueda ser efectiva. Por esto, si una reforma al Código Tributario autoriza a transigir, la materia es plenamente mediable[53].

Tal como se sostiene en este trabajo, el legislador considera que debe existir una habilitación legislativa expresa para transigir en materia tributaria. Como consecuencia, decide incluir mencionada habilitación en el Código Tributario al determinar que ciertas obligaciones tributarias son transigibles y, por lo tanto, mediables. En armonía con esto, el hecho de que el legislador considere que una materia sea transigible basta para que esta sea mediable es el perfecto indicador

50 Si bien estos no tienen un carácter vinculante, es pertinente analizarlos toda vez que en estos se demuestra el entendimiento del legislador de la problemática sobre la cual se pretende legislar.

51 Manuel Calvo, "La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica", *Doxa* 3 (1986): 113-127, https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10973.

52 Literal b) Exposición de Motivos, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021.

53 Literal b) Exposición de Motivos, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021.

de que esa misma materia es también arbitrable. Esta afirmación sobre la base de que, para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo transigible es arbitrable.

Tercero, relativo a la aplicabilidad del arbitraje en materia tributaria, se señala de manera explícita que:

> [A]nte la saturación de los tribunales de justicia, debe brindarse alternativas que sean mutuamente beneficiosas, tanto para los contribuyentes como para la administración, entre estas, la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales o totales sobre los hechos controvertidos, glosas pendientes de pago, entre otros, o incluso la posibilidad de derivar ciertos conflictos a arbitraje, con ciertas limitantes propias de la materia[54].

Con este antecedente, es acertado considerar que el legislador reconoce la posibilidad de someter ciertos conflictos de índole tributaria a arbitraje. Una afirmación en este sentido sigue una secuencia lógica, como se demuestra en el siguiente gráfico:

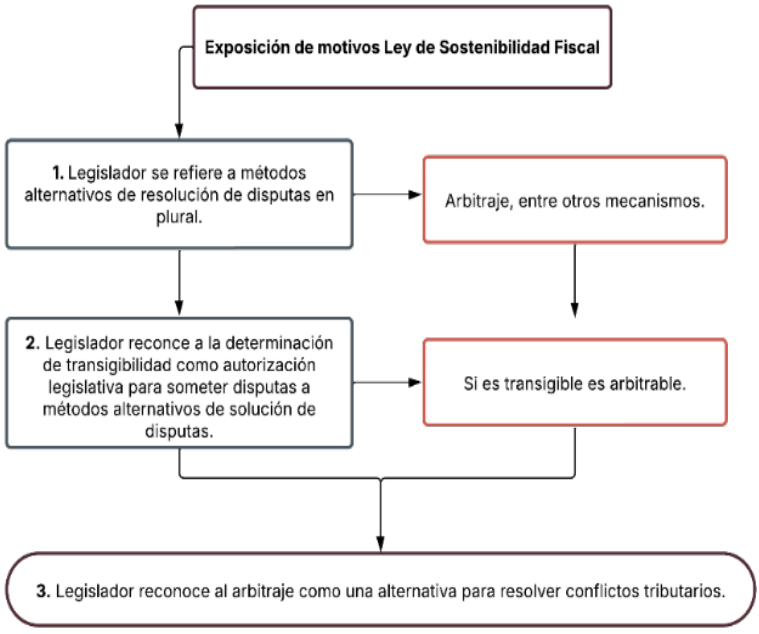


Gráfico 1. Secuencia lógica Ley de Sostenibilidad Fiscal.
Fuente: Elaboración propia[55].

54 Literal b) Exposición de Motivos, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021.

55 Este gráfico muestra la secuencia lógica que, a criterio del autor, el legislador consideró para determinar que el arbitraje es una vía plausible para la resolución de disputas tributarias.

Es a través de un análisis de esta naturaleza, tomando en consideración la razón de la reforma, que se puede interpretar que existe una habilitación legal implícita para someter ciertas obligaciones tributarias a arbitraje, dado que, en Ecuador, lo transigible es arbitrable. Este razonamiento cobra fuerza al considerar que la Ley de Sostenibilidad Fiscal fue objeto de control abstracto de constitucionalidad, donde la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de otras disposiciones de la ley, pero no de las que incorporaron las nociones de transigibilidad en el Código Tributario[56]. Mal se haría en entender las disposiciones del mencionado código de manera restrictiva, imponiendo una limitación a la transigibilidad donde no la hay y nunca la hubo.

2.2.3. Transigibilidad en la Resolución del Servicio de Rentas Internas

Con miras a esclarecer el alcance de la transigibilidad en materia tributaria, el Servicio de Rentas Internas emitió la resolución denominada "Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0)". Sin embargo, lo que en principio parecía ser un esfuerzo de la autoridad fiscal para apoyar lo dispuesto en el Código Tributario, no es más que un malogrado intento de limitar la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias.

La Resolución describe a la transacción con el artículo 2348 del CC[57]. Además, la complementa con, entre otras definiciones, la siguiente precisión: "En materia jurídica, [la transacción] se puede definir como: 'Concluir una transacción, sobre lo que no se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado"[58].

En un primer análisis, de las definiciones propuestas por el Servicio de Rentas Internas, no habría razón alguna para suponer que existe una prohibición para arbitrar disputas tributarias. Bajo esta definición, el arbitraje se ajusta a la acepción utilizada de transacción, pues este concilia discrepancias, evita conflictos o pone términos a conflictos suscitados.

Sin perjuicio de que con la descripción preliminar mencionada procede el arbitraje de las obligaciones tributarias, la Resolución también indica lo siguiente:

> 1.2. ¿Pueden ponerse otros métodos de solución de conflictos sobre la obligación tributaria o su recaudo?
> No. Si bien entre los métodos alternativos de solución de conflictos existen otras figuras adicionales a la transacción, tales como la negociación,

56 Causa n.º 110-21-IN/22, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 28 de octubre de 2022, 62.
57 Artículo 1.1, Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0).
58 Id.

> el arbitraje y la conciliación, de acuerdo con la Sección 6a, incorporada en el Código Tributario, la transacción en materia tributaria se instrumenta únicamente mediante el proceso de mediación[59].

La respuesta del Servicio de Rentas Internas, en virtud del principio de jerarquía normativa, debe necesariamente ser analizada a la luz de las disposiciones del Código Tributario comprendidas en la sección anterior (2.2.2.). Desde esa perspectiva, por un lado, el Código Tributario admite la transigibilidad de ciertas obligaciones tributarias, lo que implica la arbitrabilidad de las mismas. Por otro lado, la Resolución lo niega. En consecuencia, el Código Tributario y la Resolución se contraponen.

El principio de jerarquía supone una doble vertiente: por un lado, la integración del ordenamiento jurídico por diversas normas con categorías y rangos jurídicos determinados y, por otro lado, la relación jerárquica de aquellas normas entre sí, de tal manera que las de rango superior prevalecen, en caso de conflicto, sobre las de rango inferior[60]. Por lo tanto, es indispensable que una norma inferior guarde concordancia con una norma superior[61].

La ordenación jerárquica de las normas depende de lo que dispongan las normas propias del sistema[62]. En Ecuador, este principio se encuentra recogido en los artículos 424 y 425 de la CRE. El artículo 425 establece de manera explícita que:

> El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos[63].

El Código Tributario posee calidad de ley orgánica, conforme lo establece la disposición final segunda de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador[64]. A su vez, como se mencionó anteriormente, contiene una norma habilitante para someter ciertas controversias de índole

59 Id., artículo 1.2.

60 Eduardo Espín, Francisco Díaz, Rosario García, Joan Oliver, María Ridaura, Rosario Serra, Manuel Medina y Luis López, *Manual de derecho constitucional volumen I: La Constitución y las fuentes del derecho: Derechos fundamentales y garantías* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).

61 Otto Pfersmann, "Carré de malberg y la jerarquía normativa", *Cuestiones Constitucionales* 4 (2001): 154-187.

62 Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003).

63 Artículo 425, CRE, 2008.

64 Disposición final segunda, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. R. O. Suplemento 242, del 29 de diciembre de 2007, reformada por última vez R. O. Suplemento 525 del 25 de marzo de 2024.

Si bien la declaratoria de la Ley Reformatoria trae consigo discusiones respecto de su constitucionalidad, ese debate sale de la esfera de análisis de este trabajo. Para profundizar en el tema ver María Naranjo, "Sobre el (inconstitucional) carácter orgánico del Código", *LEXIS Blog*, 26 de marzo de 2024, https://www.lexis.com.ec/blog/otros/sobre-el-inconstitucional-caracter-organico-del-codigo. De todas formas, aunque se considerase que el Código Tributario es una ley ordinaria, esta prevalecería por sobre la Resolución.

fiscal a arbitraje. Entonces, cualquier regulación sobre la transigibilidad y, en consecuencia, la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias debe darse a partir de esa premisa. No está en duda que, por su naturaleza, la Resolución es jerárquicamente inferior al Código Tributario. Por ende, al ampliar un precepto sobre el cual el mencionado código ya se pronuncia, no habría otra alternativa que seguir la línea legislativa ya establecida. En ese sentido, Bobbio menciona acertadamente que:

> La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta precisamente en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior[65].

Desde ese enfoque, es claro que la disposición contenida en la Resolución contradice al Código Tributario. La existencia de este conflicto normativo da lugar a una antinomia. Al respecto, Guastini sostiene que un sistema jurídico presenta una antinomia cuando "un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema"[66]. Eso es exactamente lo que sucede en este caso.

A pesar de que es un hecho que existen proposiciones incompatibles entre estas dos normas, es necesario delimitar el ámbito de validez en el que estas se sobreponen. Para Ross, es posible que exista una antinomia total-parcial, la cual sucede cuando "una de las dos normas no puede ser aplicada en ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera"[67].

Ese es el escenario en el que nos encontramos. La Resolución no solo establece una prohibición para arbitrar, sino también regula la transigibilidad de las obligaciones tributarias en otros contextos que no presentan conflicto con el Código Tributario. Frente a esos supuestos no existe antinomia.

Con fines ilustrativos, el siguiente gráfico distingue lo eficaz de lo ineficaz de la Resolución:

65 Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 2007), 196.

66 Riccardo Guastini, "Antinomias y lagunas", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 29 (1999): 437.

67 Alf Ross, *On Law and Justice* (Londres: Stevens & Sons Limited, 1958), 128, citado en Manuel Alberto Montoro Ballesteros, "Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: La doctrina de la interpretación de Alf Ross", *Anuario de Filosofía del Derecho* 28 (1975): 153-202.



Gráfico 2. Escenarios de validez de la Resolución
Fuente: Elaboración propia.

Entonces, para darle solución a la contraposición de proposiciones que existe en cuanto a la transigibilidad, una de las dos normas debe ser castigada con la ineficacia. Si bien existen varios criterios para solucionar antinomias, este trabajo adopta la que se ajusta más a la realidad jurídica del caso: el criterio jerárquico o también denominado de la *lex superior*.

Este criterio establece que, en caso de conflicto entre normas de fuentes jerárquicamente ordenadas, "la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida (y, por tanto, no debe aplicarse)"[68]. En otras palabras, prevalece la norma jerárquicamente superior, pues *lex superiori derogat inferiori*[69]. En concordancia con lo sostenido en los párrafos anteriores, la Resolución, en la parte pertinente a la limitación a arbitraje, debe considerarse inválida, y, en consecuencia, la prohibición para someter las disputas tributarias a arbitraje inexistente.

Como se ha expuesto, basta con que una materia sea declarada transigible para que pueda ser sometida a arbitraje, siempre y cuando exista una disposición legal habilitante. Esa habilitación se encuentra en el Código Tributario, por lo que la prohibición infralegal de someter disputas tributarias a arbitraje contenida en la Resolución carece de eficacia dado que infringe el principio de jerarquía normativa. Por ello, no habiendo obstáculo para arbitrar obligaciones tributarias, es necesario evaluar la implementación del arbitraje tributario en Ecuador.

68 Riccardo Guastini, "Antinomias y lagunas", 339.
69 Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*.

2.3. Desafíos y limitaciones para la implementación del arbitraje tributario en Ecuador

Al existir una habilitación legal para arbitrar la materia tributaria, el primer paso para someterse a este mecanismo está dado. Sin embargo, para afianzar su implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario profundizar en ciertos aspectos. En primer lugar, se discutirán las objeciones doctrinales que se oponen a la arbitrabilidad de materias tributarias (2.3.1.). En segundo lugar, se delimitará qué se podría arbitrar en Ecuador bajo el marco normativo vigente (2.3.2.). En tercer lugar, se abordará la competencia de la Administración tributaria para someterse a arbitraje y la formación de su consentimiento (2.3.3.).

2.3.1. Objeciones doctrinales para la arbitrabilidad de materias tributarias

Hay quienes sostienen que, a pesar de que la materia tributaria sea reconocida como transigible por el Código Tributario, esta no pueda ser arbitrable por tres argumentos: la amenaza a la soberanía fiscal, la violación al principio de reserva de ley y la indisponibilidad del crédito tributario[70]. A pesar de que la tendencia actual en el derecho tributario internacional ha superado estos desafíos[71], es relevante para este trabajo demostrar por qué no son un obstáculo para la procedencia del arbitraje tributario en Ecuador.

Sobre el principio de soberanía fiscal y la supuesta amenaza que le presenta el arbitraje se argumenta que el Estado goza de competencia exclusiva en la regulación de tributos, ya que "la potestad tributaria, es decir, la facultad de establecer contribuciones o tributos, es propia de los Estados"[72]. Esto se fundamenta en que los gobiernos defienden la independencia de su política fiscal a través del ejercicio de su soberanía estatal[73]. Esta suerte de exclusividad tiene como propósito proteger los intereses económicos fundamentales del Estado[74]. Dicho de otro modo, la soberanía fiscal radica en la capacidad de un Estado de definir su política pública sin intervenciones ajenas[75].

El arbitraje tributario no presenta percance alguno al cumplimiento de este principio. La capacidad soberana del Estado de determinar y recoger tributos

70 Eleonora Lozano, *Arbitraje internacional en materia tributaria* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009).
71 Ibid.
72 Troya Jaramillo, *Estudios de derecho internacional tributario* (Quito: PUDELECO Editores, 2008), 13.
73 Peter Dietshc, "Rethinking Sovereignty in International Fiscal Policy", *Review of International Studies* 37 (2011): 2107-2120, https://www.jstor.org/stable/41308446.
74 Natalia Quiñones, "International Tax Arbitration and the Sovereignty Objection: The South American Perspective", *Tax Notes International* 51 (2008): 533-542.
75 Naranjo, "The Plausibility of Submitting Contractual Tax Disputes Between States and Taxpaying Investors to International Commercial Arbitration".

en territorio nacional en nada se afecta por el hecho de que una disputa de carácter tributario sea resuelta por justicia "privada"[76]. En la misma línea, Fraga-Pittaluga acertadamente menciona que:

> [E]l compromiso arbitral no dirá jamás, en ningún caso, cómo deberán interpretar y aplicar los árbitros la ley tributaria. El único acuerdo que existe en el arbitraje atañe al procedimiento y a las personas que serán las encargadas de resolver la disputa entre la Administración tributaria y los contribuyentes o responsables[77].

De esta manera queda claro que lo que preocupa a esta corriente no se ve en juego al someter disputas tributarias a arbitraje. La determinación de la política fiscal le seguirá perteneciendo al Estado, sin intervención de un tercero, pues este no tendrá facultad para hacerlo. Esta aseveración cobra sentido puesto que la autorización para someter disputas tributarias a arbitraje proviene del propio Estado, siendo el mismo quien, a través del legislativo, limite y regule las materias sobre las que procedería este mecanismo.

En relación con la supuesta violación al principio de reserva de ley[78], esta postura sostiene que le corresponde exclusivamente al legislativo regular el ciclo de vida del tributo (su nacimiento, su estructura, su desarrollo y la extinción de la relación jurídico-tributaria)[79]. De igual manera, se argumenta que ningún impuesto puede recaudarse sino en virtud de una ley[80].

Si bien es cierto que la esencia del tributo es objeto de reserva de ley, ese no es un impedimento para que proceda un mecanismo alternativo de solución de disputas. Acordar arbitraje no supone que el tribunal podrá decidir o pronunciarse respecto de los cimientos del tributo, sino, al contrario, únicamente trabajar en función de lo que el legislativo, en ejercicio de su potestad normativa, decida no reservarlo al Estado. En este sentido, Vicente-Arche menciona que:

> [E]n el marco de la obligación tributaria, está vetada la intervención de la voluntad de las partes —Administración y obligado tributario— para modificar alguno de los elementos sustanciales de la misma —que siempre deben acatar lo dispuesto en la Ley—, pero ello no prohíbe la manifestación del consentimiento de cualquiera de ellas en la determinación o concreción de alguno de sus aspectos no sometidos al principio de legalidad[81].

76 Luca Melchionna, "Arbitrability of Tax Disputes", *International Bar Association* 9 (2004): 22-25.
77 Fraga-Pittaluga, *Arbitraje tributario interno e internacional*.
78 Este principio se encuentra consagrado en el artículo 301 de la CRE.
79 Fraga-Pittaluga, *Arbitraje tributario interno e internacional*.
80 Frans Vanistendael, "Legal Framework for Taxation", *Tax Law Design and Drafting* 1 (1996): 1-56.
81 Paula Vicente-Arche, "Perfiles constitucionales y legales del arbitraje en materia tributaria", en *El arbitraje en materia tributaria*, ed. Francisco Alfredo García Prats y José Carlos Pedroza López (España: Tirant lo Blanch, 2023), 81.

En otras palabras, habiendo una autorización legislativa para arbitrar, esa será entendida a la luz del principio de reserva legal, precautelando aquellas materias que se encuentran en el campo de acción reservado por ley. Lo único que se sometería a este procedimiento es la obligación tributaria o su recaudo, no el tributo en sí mismo.

Por ejemplo, no es objeto de un procedimiento arbitral la creación o la existencia del impuesto a la renta, pues esta es materia reservada por ley. Lo que sí se sometería a arbitraje es la controversia en la cual se discuta si Juan Piguave determinó y liquidó erradamente su impuesto a la renta del ejercicio fiscal de 2022.

Incluso analizando la aplicación temporal del principio de reserva de ley, este no obstaculiza la admisibilidad del arbitraje tributario. Por su naturaleza, la aplicación de este principio solo cobra sentido si es "previo y actúa en la fase de definición del tributo"[82]. Bajo esa premisa, la sustancia del tributo se encontrará siempre cobijada por la reserva.

Así, en un momento posterior, se podría perfeccionar el sometimiento a procedimientos alternos de resolución de conflictos, pues "las técnicas consensuadas [como someterse a arbitraje] actúan posteriormente en la fase de aplicación de la norma"[83]. Dicho de otro modo, aún bajo criterios de temporalidad, la sujeción a arbitraje no influye en lo absoluto en la raíz del tributo. Con base en todo lo expuesto, no hay fundamento para sospechar que la aceptación del arbitraje como mecanismo alterno establezca una negociación del tributo.

Por último, en cuanto a la indisponibilidad del crédito tributario, se discute si la potestad tributaria es, por su naturaleza, indisponible y, por tanto, no susceptible de transacción. En otras palabras, la Administración tributaria no puede "negociar" el crédito fiscal, por lo tanto, tampoco podría someter disputas de esa índole a arbitraje. Este argumento encuentra sustento en el hecho de que los tributos son materia de orden público[84] y, por lo tanto, si la Administración quisiera negociarlos, debe buscar esa autorización en ley.

La réplica es simple: el sometimiento a arbitraje no afecta en lo absoluto al ejercicio de la potestad tributaria. Acudir a este procedimiento alterno a la justicia ordinaria no implica disponer del crédito fiscal, pues lo que se busca es que un tercero (un árbitro) resuelva la disputa existente. Es decir, únicamente se acuerda el medio a través del cual se resuelve la controversia. La determinación de la obligación fiscal u otra materia vinculada al ejercicio de potestades tributarias quedan completamente fuera de la ecuación[85].

82 Juan Garde, "Presentación", en *Convención y arbitraje en el derecho tributario*, ed. Gabriel Elorriaga Pisarik (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996), 16.
83 Juan Garde, "Presentación", 16.
84 Vanistendael, "Legal Framework for Taxation", 1-56.
85 Fraga-Pittaluga, *Arbitraje tributario interno e internacional*.

Según Lozano, "el principio de la indisponibilidad del crédito tributario no causa la prohibición del arbitraje, sino la existencia de una habilitación legal previa"[86]. En exacto sentido se pronuncia Falcón y Tella al señalar que: "la indisponibilidad del crédito tributario no impide a la Administración someterse a arbitraje, sino que únicamente exige que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos"[87]. Entonces, mientras la ley lo permita, no habría razón alguna para suponer que esta habilitación modificará los elementos esenciales del tributo.

Con el fin de ilustrar que este argumento se basa en una interpretación rígida y errada del principio de indisponibilidad, se utilizarán las adecuadas apreciaciones realizadas por Troya. El autor menciona que "ni el sentido y alcance de las normas, ni la constatación de los hechos tienen el grado de verdad inconcusa y de certidumbre absoluta"[88]. Eso quiere decir que defender ciegamente la indisponibilidad del crédito tributario carece de sentido.

Con el objetivo de fijar un estándar de lo indisponible, Troya plantea el escenario en el que surge duda sobre la aplicación o el sentido de la norma, pues, en esos casos, "el sistema jurídico estatuye normas para solucionarlo a través de reglas referentes a su interpretación, las cuales son indisponibles"[89]. Este trabajo coincide con este criterio, pues, de esta manera, no solo se precautela el cumplimento de este principio, sino también se protege al de legalidad e incluso se vela por la seguridad jurídica.

Por otro lado, para esclarecer lo disponible, Troya plantea el escenario en el que surgen dudas en la valoración de los hechos y, a su vez, existe un vacío normativo para resolverlas. En ese contexto señala lo siguiente:

> [E]s necesario arbitrar los medios que sean idóneos al intento, entre los cuales podrían señalarse los de carácter negocial, anteriores o posteriores a que se haya producido una contienda jurisdiccional entre la Administración y los contribuyentes[90].

Siguiendo este enfoque, el autor establece que, en caso de que exista contienda judicial, este carácter negocial se podría ver expresado como "una transacción respecto de los hechos ocurridos"[91]. Sin embargo, es claro al establecer que para que proceda esta transacción debe existir una habilitación legal. En sus palabras:

86 Lozano, *Arbitraje tributario en Latinoamérica.*
87 Ramón Falcón y Tella, "El arbitraje tributario", 259.
88 Troya Jaramillo, *Estudios de derecho internacional tributario*, 182.
89 Ibid.
90 Ibid., 183.
91 Ibid.

> [C]abría que mediante disposición de ley se faculte efectuar transacciones previo el cumplimiento de determinados requisitos. Sería un caso similar al de la condonación de la obligación principal, sus recargos e intereses, que prospera cumplidos determinados supuestos[92].

Este criterio lo comparte Suberbiola al mencionar que "[será] el legislador quien defina, con suficiente precisión, los supuestos y el alcance de los mecanismos que permitan llegar a disponer del contenido de[l] crédito tributario"[93]. Entonces, bajo esta premisa, no es cierto que el crédito fiscal es absolutamente indisponible. En realidad, es disponible en la medida en que una autorización de rango legal permita su transacción y, por ende, la posibilidad de someterse a diferentes mecanismos de solución de disputas.

Aterrizando a cada uno de estos desafíos al contexto ecuatoriano, se puede afirmar que estos han sido superados. Primero, existe una norma habilitante que, tras una declaratoria de transigibilidad de las obligaciones tributarias, permite que estas sean arbitrables, lo cual no modifica en absoluto la esencia del tributo. Segundo, la intervención de árbitros no afecta la determinación de la política fiscal del Estado. Tercero, el arbitraje no merma ni dispone del crédito tributario e, incluso si lo hiciera, lo haría a través de una autorización legal.

2.3.2. ¿Qué se podría arbitrar en Ecuador?

La determinación de que la materia tributaria sea transigible no implica que todo lo referente a los tributos sea arbitrable. Bajo el marco normativo ecuatoriano existen dos factores que delimitan la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias. Primero, el límite propuesto por la Carta Magna. Segundo, el ámbito de aplicación establecido por el Código Tributario y la Resolución.

Partiendo de la premisa que la obligación tributaria en ocasiones se encuentra establecida en un acto administrativo de determinación[94], cabe dilucidar si bajo esa perspectiva es arbitrable. Para este efecto, el artículo 173 de la CRE señala que: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"[95].

92 Ibid., 184.
93 Irene Suberbiola, *El arbitraje tributario preguntas y respuestas para el debate* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 97.
94 María Bernarda Carpio Frixone, "Cuando lo transigible no es arbitrable: Análisis de la arbitrabilidad de la materia tributaria en Ecuador", *Lawyers EC Magazine* 4 (2022): 11-17, https://www.yumpu.com/en/document/read/67403673/lawyersec-revista-iv-edicion-legaltech/1.
95 Artículo 173, CRE.

La norma dispone dos escenarios en los que se pueden impugnar actos administrativos: (i) la vía administrativa y (ii) los órganos de la Función Judicial[96]. Los tribunales arbitrales no se ajustan a ninguno de estos dos supuestos. Según la LAM, el arbitraje es un "mecanismo alternativo de solución de conflictos"[97]. Por lo tanto, es un camino que se aparta de la justicia ordinaria y de la sede administrativa estatal.

Visto de esta manera, el primer límite para el arbitraje tributario es la impugnabilidad de los actos administrativos por esta vía[98]. En ese sentido, los tribunales arbitrales no podrán conocer, ni mucho menos decidir, respecto de la determinación del tributo que se encuentra ya contenido dentro de un acto administrativo[99]. Este análisis guarda estricta relación con lo proferido por la Ley de Sostenibilidad Fiscal y el Código Tributario, pues establecen que:

> la transacción extraprocesal procederá en los casos en los que, habiendo comenzado el proceso de determinación por parte del sujeto activo, esta no hubiere concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar o incluso en la sustanciación de un reclamo administrativo[100].

Es claro que la normativa vigente en materia tributaria fija como barrera a los actos administrativos. Aunque esto es cierto, no se puede extrapolar el argumento para alegar que nada se puede arbitrar en materia tributaria. Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, que las obligaciones tributarias hayan sido determinadas como transigibles admite la posibilidad de que sean objetivamente arbitrables. Entonces, en teoría, se podrían arbitrar aquellas obligaciones transigibles. Estos supuestos están contemplados en el artículo 56.2 del Código Tributario, titulado "Qué puede ser materia del acuerdo transaccional"[101]. Precisamente son esos aspectos los que se abordan en los siguientes párrafos.

El Código Tributario establece, en su artículo 56.1, que "las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción de acuerdo con lo prescrito en la sección 6a del presente cuerpo legal". Como se anticipó en el párrafo anterior, dentro de la referida sección se encuentran los supuestos que son susceptibles de someterse a transacción. Ahora corresponde dilucidar cuáles de esos supuestos son candidatos para someterse a arbitraje. Este análisis se realiza

96 El Código Orgánico de la Función Judicial provee una lista taxativa de los órganos de la Función Judicial. Los tribunales arbitrales no forman parte de esa lista.

97 Artículo 1, LAM.

98 Este límite no supone que todo acto administrativo esté sustraído al conocimiento arbitral. El artículo 4, numeral 3, del Reglamento a la LAM, atribuye a los árbitros competencia sobre las actuaciones administrativas que surjan con ocasión de la relación jurídica puesta en su conocimiento. Lo que la CRE reserva a la vía administrativa y a la Función Judicial es la impugnación del acto, su anulación. Sobre este punto se vuelve en el apartado 2.3.3.

99 Artículo 68, Código Tributario.

100 Artículo 79, Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19, 2021artículo 56, numeral 7, Código Tributario, 2005.

101 Artículo 56.2, Código Tributario, 2005.

en dos partes. Primero, se verifica qué materias son objeto de transacción. Segundo, se discute si los escenarios de procedencia de la transacción extraprocesal se pueden traducir a arbitraje.
Conforme a lo establecido en el artículo 56.2, en el siguiente gráfico se muestran los lineamientos de los aspectos transigibles de la obligación tributaria, sobre los cuales versan los párrafos posteriores:

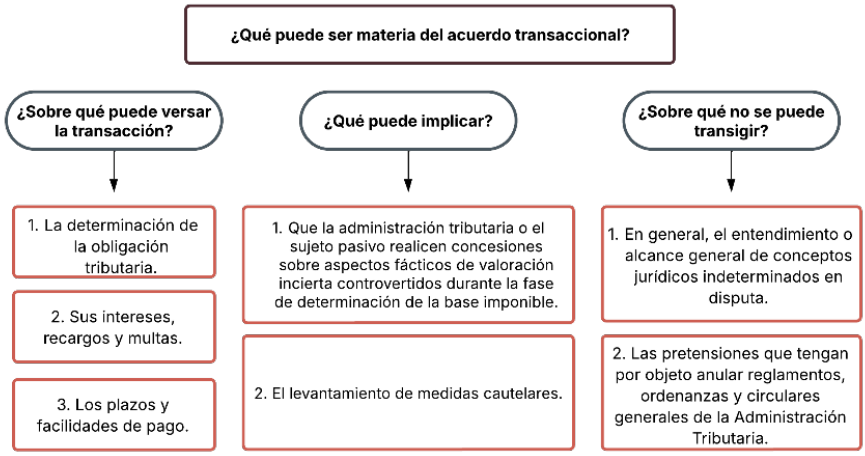


Gráfico 3. Materia del acuerdo transaccional
Fuente: Elaboración propia, a partir de fuente bibliográfica[102].

Así, encontramos dos barreras para la transigibilidad, y consecuente arbitrabilidad de las obligaciones tributarias: el entendimiento o alcance general de conceptos jurídicos indeterminados en disputa (salvo su excepción) y las pretensiones que persigan anulación de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares de carácter general emitidas por la Administración tributaria. Estos dos supuestos no son objeto de transacción en materia tributaria, por lo tanto, sería imposible someterlos a arbitraje.

En este mismo sentido, la Resolución establece elementos que, a pesar de existir controversia, no están sujetos a transacción en materia tributaria. Además, señala aquellos aspectos que no son susceptibles de concesión en este ámbito. Estos se ilustran en el siguiente gráfico:

102 Artículo 56.2, Código Tributario. Este gráfico describe sobre qué puede versar el acuerdo transaccional en materia tributaria en virtud de lo establecido en la normativa vigente.

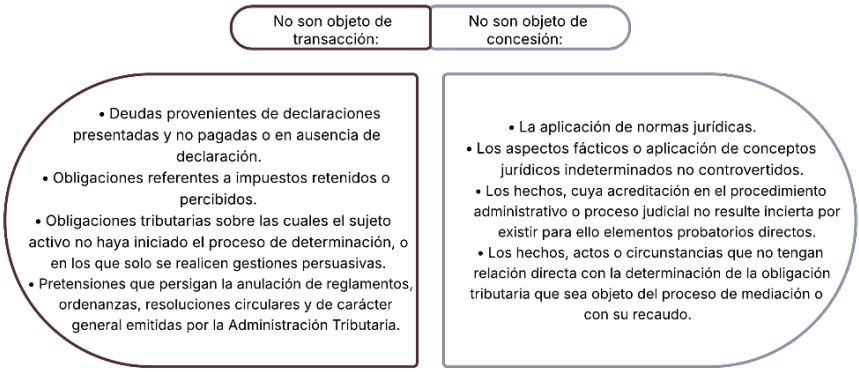


Gráfico 4. Supuestos no transigibles
Fuente: Elaboración propia a partir de fuente bibliográfica[103].

Una vez delimitado lo que no es transigible en materia fiscal, el Código Tributario establece lo que sí lo es y lo regula a través de dos procedimientos: la transacción intraprocesal y la transacción extraprocesal. La primera procede cuando se ha iniciado un proceso frente a un juez de lo contencioso tributario[104], por lo tanto, "por cuestión de litispendencia, evidentemente no sería posible que la jurisdicción arbitral conozca la controversia"[105]. En ese orden de ideas, corresponde analizar qué se podría arbitrar en la transacción extraprocesal. El artículo 56.7 del Código Tributario señala que:

> La transacción extraprocesal procederá en los casos en los que, habiendo comenzado el proceso de determinación por parte del sujeto activo, esta no hubiere concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar, o incluso en la sustanciación de un reclamo administrativo. En este caso, se podrá transar sobre todos los aspectos previstos en el artículo 56.6 que define los aspectos transigibles en materia tributaria […][106].

Es claro que en este escenario no existe un acto administrativo en firme y ejecutoriado, por lo que se podrá arbitrar sobre todos los aspectos transigibles en materia tributaria. En este sentido, la Resolución establece que se podrá transar sobre el fondo y la recaudación de la obligación tributaria. Estos conceptos se amplían en el siguiente gráfico:

103 Artículos 2.6 y 2.7, Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0).
104 Artículo 56.12, Código Tributario.
105 Castro y Cisneros, "Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal", 174.
106 Artículo 56.7, Código Tributario.

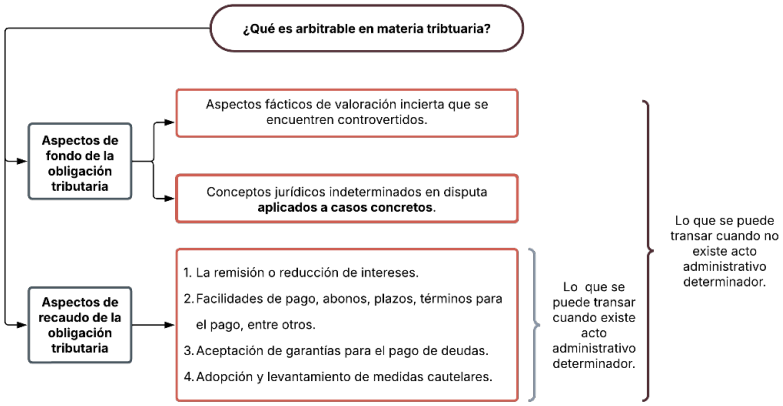


Gráfico 5. Supuestos arbitrables en materia tributaria. Este gráfico muestra las diferencias que existen entre los supuestos objetos de transacción según la normativa vigente.
Fuente: Elaboración propia a partir de fuente bibliográfica[107].

Son estos los aspectos que un tribunal arbitral podría llegar a conocer. Al no existir un acto administrativo, se respeta la barrera constitucional mencionada en esta sección. Sin perjuicio de lo antedicho, la transacción extraprocesal también procede cuando ya existe un acto administrativo:

> La transacción extraprocesal procederá también en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial, en cuyo caso podrá transar únicamente respecto de facilidades y plazos para el pago, así como sobre la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares[108].

En este caso la norma es explícita al restringir el objeto transigible a los aspectos fuera del acto administrativo. El acto, en sí mismo, no se encuentra impugnado. En consecuencia, perfectamente se podrían someter a arbitraje las cuestiones enlistadas en el artículo precedente. Sobre la base de eso, la prohibición de que ningún acto administrativo se impugne en otras vías que no sean las previstas en la CRE permanece inalterada.

Además de los escenarios ya planteados, la transacción igualmente procede cuando la obligación tributaria se encuentra en fase de ejecución de coactiva: "[l]a transacción procederá incluso si la obligación tributaria se encuentra en

107 Artículos 2.1 y 2.2, Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0). Este gráfico muestra los supuestos arbitrables en materia tributaria en virtud de lo dispuesto en el Instructivo, diferenciando los distintos momentos procesales.
108 Artículo 56.7, Código Tributario.

fase de ejecución coactiva, hasta antes de verificarse el pago total, en cuyo caso no operará la suspensión de plazos y términos"[109].

Este supuesto goza de una particularidad: ocurre dentro de la fase de ejecución del acto administrativo de determinación. Por lo tanto, dado que los jueces son los únicos que tienen la potestad de ejecutar laudos, un tribunal arbitral no tendría jurisdicción para conocer esta disputa[110].

Por su lado, la Resolución también señala cuál es el ámbito del objeto transigible en la transacción extraprocesal. Para esto, determina que, si el acto administrativo que contiene la obligación tributaria no está en firme y ejecutoriado, se puede transigir sobre su obligación y recaudo[111]. En el escenario contrario, si el acto administrativo está en firme y ejecutoriado y no está pendiente de resolución un proceso contencioso tributario, solo se puede transigir sobre el recaudo[112]. Estos parámetros deben seguirse a cabalidad cuando se arbitren obligaciones tributarias.

De igual manera, la Resolución fija escenarios no contemplados por el Código Tributario en los cuales se pueden transigir. En su artículo 2.4 establece que el pago indebido o el pago en exceso pueden ser objeto de transacción siempre y cuando se generase una controversia sobre la cuantía del crédito a devolver y el litigio se funde en una resolución en la que se niegue la petición de lo excesiva o indebidamente pagado[113]. Por lo tanto, esta es otra de las situaciones en las que procedería el arbitraje tributario.

En resumen, aunque la normativa ecuatoriana establece restricciones claras para la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias, existen escenarios en los que es factible someter disputas de carácter fiscal a arbitraje, especialmente en el contexto de la transacción extraprocesal. No queda duda de que, en función de qué escenario sea aplicable, se podrá arbitrar sobre la obligación tributaria o sobre su recaudo.

2.3.3. Arbitraje tributario y el consentimiento de la Administración

A lo largo de este trabajo se ha argumentado en favor de la presencia de una habilitación legal para someter disputas tributarias a arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esa autorización existe por el hecho de que basta con que una materia sea determinada como transigible, para que esta, a su vez, sea arbitrable. Por tanto, no existe un problema de arbitrabilidad objetiva.

109 Id.
110 Castro y Cisneros, "Arbitrabilidad en materia tributaria a la luz de la nueva Ley de Sostenibilidad Fiscal", 161-177.
111 Artículo 4.3.1, Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria (versión 1.0).
112 Id.
113 Id., artículo 2.4.

Si bien la declaratoria de transigibilidad se traduce en una autorización legal para someter disputas tributarias a arbitraje, dicha habilitación no debe confundirse con la facultad de la Administración tributaria para someterse a un mecanismo alternativo de solución de disputas ni, peor aún, con la competencia de dicha Administración para suscribir convenios arbitrales. Esta distinción no es ajena a la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ha señalado que el examen del convenio arbitral comprende (i) la arbitrabilidad objetiva —si se puede transigir y si le alcanza el convenio arbitral— y (ii) la arbitrabilidad subjetiva —si existe consentimiento expreso de las partes—[114]. Los planos que aquí se separan son, precisamente, los que esa distinción supone.

Es un hecho que la Administración se rige bajo la máxima del derecho administrativo que le impide hacer todo aquello que no se encuentre expresamente previsto por ley, pues se rige por competencias y no bajo autonomía de la voluntad[115]. Entonces, el Estado solo puede someterse a arbitraje —incluso al tributario— si así lo dispone la normativa vigente.

En ese sentido, el artículo 4 de la LAM establece que, para que las entidades del sector público se sometan a arbitraje, las disputas deben, entre otros requisitos, tener carácter contractual[116]. Este criterio lo comparte Pérez, al mencionar que: "La Ley de Arbitraje y Mediación se limita a regular el arbitraje en el ámbito contractual, en el campo de las controversias susceptibles de transacción"[117]. Por lo que, en principio, para someter disputas a arbitraje con la Administración, además de tratar de materias transigibles, estas deben encontrarse en el ámbito contractual.

Para definir el ámbito contractual, este trabajo se remite al Reglamento a la LAM que, en el artículo 4, numeral 3, dispone que si una entidad pública pactó arbitraje:

> los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico-contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita[118].

La disposición es reveladora. Matiza la naturaleza contractual a la que tanto se hace alusión: indica que no es un requisito formal que se agota en la redacción

114 Causa n.º 2520-18-EP/23, 12.
115 Massimo Severo, *Derecho administrativo* (Santiago de Chile: Olejnik, 2023).
116 Artículo 4, LAM, 2005.
117 Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo acorde con la nueva Constitución ecuatoriana* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 229.
118 Artículo 4, Reglamento a la LAM, R. O. Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021, reformado por última vez el 2 de abril de 2025.

del contrato. Al contrario, el ámbito contractual comprende todo lo que surge con ocasión de la relación contractual, incluidas las actuaciones unilaterales en que la Administración ejerce potestades públicas. En otras palabras, lo que habilita el arbitraje del sector público no es la materia sobre la que se discute, sino que exista una relación jurídica de origen contractual que le sirve de ancla.

Trasladando lo antedicho a materia estrictamente tributaria, este trabajo se enfrenta a un obstáculo de encaje normativo: las obligaciones tributarias nacen de la ley, no de contratos. Por lo tanto, es imposible que se llegue a cumplir con la relación de anclaje que exige la LAM y su reglamento.

Mencionada consideración es bien identificada por Carpio, pues señala que: "tanto la obligación tributaria como la restitución de créditos tributarios son relaciones que nacen por mandato legal, por lo tanto, no existe norma local que faculte a la Administración tributaria para someterse a arbitraje en torno dichas relaciones"[119]. Con esto en mente, el análisis de procedencia del arbitraje tributario debe enfocarse no en una relación contractual, sino en la habilitación legal que permita a la Administración recurrir a dicho mecanismo de solución de controversias.

Conviene distinguir aquí dos normas que no deben confundirse. La primera —la que declara transigible y, por tanto, arbitrable la materia tributaria— existe y ha sido examinada a lo largo de este trabajo. La segunda —la que atribuye a la Administración tributaria la potestad de obligarse por esa vía— es la que hace falta.

Ahora bien, esa segunda norma debe hacer algo más que atribuir a la Administración tributaria la potestad de obligarse: debe permitir que se forme el acuerdo de voluntades que todo arbitraje supone. Entonces, la pregunta es: ¿cómo se expresa esa voluntad?

En ese sentido, Aguilar menciona que "la posibilidad de que los asuntos en los que interviene la Administración puedan someterse a arbitraje depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral"[120]. Si bien esto es cierto, el acuerdo de voluntades, que es lo que finalmente busca demostrar el convenio arbitral, también se puede expresar de la siguiente manera: "Se podría concluir que existe acuerdo de voluntades cuando la Administración, obligada por el legislador, propusiese al administrado el recurso a la institución arbitral, y este lo aceptara mediante la presentación de la solicitud de arbitraje"[121].

Este trabajo se apega a esta visión. La norma que "obligue a la Administración" cumpliría una doble función: le atribuiría la potestad de la que hoy carece y, a

119 Carpio, "Cuando lo transigible no es arbitrable", 11-17.
120 Aguilar, "Derecho administrativo y transigibilidad", 262.
121 Carla Esplugues, *Arbitraje y derecho administrativo: Teoría y realidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 253.

la vez, configuraría la oferta de arbitraje. El acuerdo de voluntades se perfeccionaría con la aceptación del administrado, expresada en su solicitud de arbitraje. No haría falta, entonces, un convenio arbitral negociado caso por caso.

Nada de lo anterior elude la necesidad de una intervención del legislador. Al contrario: lo que este trabajo sostiene es que la habilitación existente —la que hace arbitrable la materia tributaria— solo se vuelve ejecutable mediante una segunda norma que atribuya a la Administración tributaria la potestad de obligarse y configure la concurrencia de voluntades.

Incluso de exigirse que la habilitación se refiera expresamente a la suscripción de convenios arbitrales, el resultado sería el mismo: una norma de esa naturaleza, por ser especial en materia tributaria, primaría sobre la LAM, y la exigencia de que las disputas tengan carácter contractual tomaría un rol secundario.

Este trabajo arriba a esa conclusión tomando en consideración que, si bien la LAM regula al arbitraje, esta lo hace de manera general. Entonces, a falta de regulación específica, por ejemplo, para el supuesto de arbitraje tributario, es lógico que aplique la normativa antes aludida. No obstante, en presencia de una norma que regule la forma en la que la Administración tributaria se pueda someter a dicho mecanismo, y esta no contenga la limitación contractual, esta debe ser aplicada. En estos casos, el arbitraje deja de ser general y se bautiza con nombre y apellido: arbitraje tributario.

3. Conclusiones

Este trabajo analizó la arbitrabilidad de las obligaciones tributarias. Para esto, primero se revisó si existe una habilitación legal que permita someter disputas tributarias a arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esa habilitación, en efecto, existe. El hecho de que el Código Tributario determine que las obligaciones tributarias son transigibles basta para que estas puedan ser arbitrables.

Para este efecto, este trabajo se preguntó si, bajo el marco normativo vigente, era posible someter las disputas tributarias a arbitraje. Para dar respuesta a esta interrogante se analizó la normativa que regula la transigibilidad de las obligaciones tributarias, concluyendo que, a pesar de que existe una prohibición para arbitrar en esta materia, dicha limitación se encuentra en una norma que adolece de ineficacia en virtud de una antinomia. Asimismo, se abordaron las principales objeciones doctrinales que se oponen al arbitraje tributario, demostrando cómo estas han sido superadas.

Pero este trabajo encontró dificultad en la competencia de la Administración tributaria para obligarse por la vía arbitral. La Administración basa su actuar en

el principio de legalidad, no en la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, si hay un lugar en donde se debe encontrar la potestad de la Administración fiscal para acudir a arbitraje tributario es en la ley. El ordenamiento jurídico no contiene una norma de este estilo. Dicho de otro modo, no existe un problema para arbitrar las obligaciones tributarias, sino para recurrir a dicho arbitraje.

El consentimiento, en cambio, no resultó ser el obstáculo que en un inicio pareció. Atribuida esa potestad, el acuerdo de voluntades no exige un convenio arbitral negociado caso por caso: basta con que la norma obligue a la Administración a ofrecer el arbitraje y con que el sujeto pasivo lo acepte al presentar su solicitud. De ahí que la norma propuesta cumpla una doble función —atribuir la competencia y configurar la oferta— y que la dificultad quede reducida, en definitiva, a una sola: la ausencia de esa norma.

A lo anterior se suma una conclusión de orden práctico. Aun removida la prohibición infralegal contenida en la Resolución, ningún servidor público asumiría razonablemente el riesgo de responsabilidad que hoy comporta dar curso a una solicitud de arbitraje sin norma que lo respalde. La viabilidad del arbitraje tributario en Ecuador no depende, por tanto, de una interpretación más generosa de la normativa vigente, sino de una decisión del legislador.

Si bien este trabajo demostró que las obligaciones tributarias son arbitrables, es crucial determinar cómo se pondrá en práctica en la realidad ecuatoriana. En este sentido, sería menester dilucidar sobre la celebración del convenio arbitral, la regulación del procedimiento arbitral y la ejecución de los laudos emitidos. Por lo tanto, este trabajo invita a que estos temas sean zanjados en futuras investigaciones.

En esta línea, se sugiere que se realicen estudios de la legislación comparada en donde se emplee este mecanismo de solución de disputas en materia fiscal. De esta manera se podrá obtener un criterio guía sobre el cual se pueda establecer dónde y cómo se atribuye la competencia de la Administración y se forma su consentimiento, su ámbito de aplicación y las particularidades administrativas del procedimiento.

Lo argumentado a lo largo de este trabajo lleva a una única conclusión: toda vez que la materia tributaria es transigible, las obligaciones tributarias son objetivamente arbitrables. Sin embargo, esa arbitrabilidad no se basta a sí misma. Precisamente por eso el legislador debería reformar la regulación existente relativa a la transacción en materia tributaria: no para reiterar una posibilidad que el ordenamiento ya admite, sino para atribuir a la Administración tributaria la potestad de someterse a arbitraje y obligarla a ofrecerlo. Solo así se garantizará que el usuario del sistema judicial al que se hizo alusión en la introducción de este trabajo vea con claridad la luz al final del túnel.

Almeida Guzmán Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM

Chambers
TOP RANKED
Latin America
2025

Almeida Guzmán & Asociados

Teléfonos: (593-2) 292-8115 / 292-8148 / 292-8181. **Email:** law@almeidaguzman.com
Dirección: Whymper N27-70 y Orellana, Edificio Sassari, Piso 8. Quito D. M., Ecuador.
Sitio Web: www.almeidaguzman.com

Great Place To Work.
Certified
NOV 2024-NOV 2025
ECUADOR

ZION

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A.

www.zion.com.ec

@zionfondos

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

Exposición parental digital lucrativa: ¿una nueva causal de limitación de la patria potestad?

Profitable Digital Parenting: A New Ground for Limiting Parental Authority?

Nicole Karolina Padilla Palacios*

Recibido / Received: 22/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4394

Citación:
Padilla Palacios, Nicole. "Exposición parental digital lucrativa: ¿una nueva causal de limitación de la patria potestad?". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4394.

* Bustamante Fabara, abogada asociada. Av. Patria E4-69 y Amazonas, Edificio COFIEC, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicolekaro.np@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0009-0000-3112-985X.

Resumen

El *sharenting* lucrativo ocurre cuando los padres exponen digitalmente los datos de carácter personal de sus hijos en redes sociales por motivaciones económicas, publicitarias o comerciales. Actualmente, no hay una regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para controlar la forma en que los progenitores utilizan los datos personales de sus hijos en los medios digitales. Con base en esta falta de regulación, el presente estudio propone explorar las implicaciones del *sharenting* lucrativo para el derecho a la privacidad de niños y niñas; y si esta práctica es legítima dentro de los deberes de la patria potestad. A partir de una revisión doctrinaria y jurisprudencial extranjera, el trabajo identifica que esta actividad causa intromisiones ilegítimas en la privacidad de los hijos y, por ende, puede ser causa para interferir judicialmente en el ejercicio de la patria potestad. Finalmente, se propone un estándar para interpretar el nivel de intromisión del *sharenting* lucrativo.

Palabras clave

Sharenting lucrativo; derecho a la privacidad; patria potestad; datos personales; menores de edad

Abstract

Lucrative sharenting is the practice in which parents digitally expose their children's personal data on social media platforms for financial, advertising, or commercial reasons. Currently, there is no regulation in Ecuadorian law to control how parents manage or profit from their children's personal data in digital media. Based on this lack of regulation, this study proposes to explore the implications of lucrative sharenting for children's right to privacy, as well as to determine whether such practices could be deemed legitimate within the scope of parental authority. Through a review of doctrine and foreign jurisprudence, the study identifies that lucrative sharenting causes illegitimate intrusions into children's privacy and, therefore, may be grounds for judicial interference in the exercise of parental authority. Finally, a guide standard based on foreign judicial precedents and doctrine is proposed to interpret the level of intrusion of lucrative sharenting.

Keywords

Lucrative sharenting; right to privacy; parental authority; personal data; minors

1. Introducción

Internet ha transformado las dinámicas familiares de interacción y comunicación. En ese sentido, las redes sociales constituyen el principal medio para compartir aspectos de la vida privada, incluyendo aquellos relacionados con la crianza y desarrollo de los hijos. En la era digital, los estudios indican que el 75 % de padres publican imágenes, videos o información acerca de sus hijos en redes sociales[1]. Esta tendencia se denomina *sharenting*, en la que los padres buscan acercar a familiares y amigos a la vida de sus hijos.

Celine Simone indica que esta práctica genera implicaciones negativas severas para la privacidad y la protección de datos personales al exponer información de los hijos en entornos digitales. Especialmente, estas cuestiones adquieren mayor preocupación cuando se utilizan los datos personales para obtener ingresos, lo cual se denomina *sharenting labour*[2]. Para efectos de este trabajo, se adopta el término "exposición parental digital lucrativa" como equivalente en español de *sharenting labour*, sin perjuicio de que, en ciertos apartados, se utilice el término original.

Esta práctica debe analizarse según los efectos que causa, considerando aspectos penales, responsabilidad por daños, consideraciones laborales, el uso de inteligencia artificial, entre otros. No obstante, debido a la extensión de esta investigación, no se hace un análisis exhaustivo de cada aspecto. Por ende, este trabajo se enfoca en estudiar las implicaciones para la protección de datos personales, con el fin de analizar la legitimidad de la exposición parental digital lucrativa.

En Ecuador no hay una regulación normativa para el tema. La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante LOPDP) califica como categoría especial a los datos personales de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). Dispone un manejo y tratamiento responsable de datos personales que permita garantizar la protección del interés superior del niño (en adelante ISN), cuya protección se ha encomendado principalmente a los padres[3]. La protección normativa se extiende para el tratamiento que terceros realicen o pretendan hacer respecto de los datos personales de NNA[4].

Sin embargo, la ley no contempla el supuesto para el tratamiento o difusión de datos cuando proviene de los padres, como en el caso de exposición parental. En estas situaciones, los progenitores actúan bajo la presunción equívoca

1 Michel Walrave et al., "The Limits of Sharenting: Exploring Parents and Adolescents Sharenting Boundaries Through the Lens of Communication Privacy Management Theory", *Frontiers in Education* 7 (2022): 1-12, https://doi.org/10.3389/feduc.2022.803393.

2 Celine Simone, "When Parents Decide That All the World's a Stage: Expanding Publicity Rights to Protect Children in Monetized Social Media Content", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 58, n.º 1 (2024): 47-100, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4800833.

3 Artículo 25, Ley de Orgánica de Protección de Datos Personales [LOPDP], R. O. Suplemento 459 del 26 de mayo de 2021, reformado por última vez el 22 de mayo de 2026.

4 Id., artículo 21.

de que su derecho de representación legal sobre sus hijos les permite utilizar sus datos personales. Por lo cual existe una falta de protección normativa ante la utilización discrecional de los progenitores de los datos personales de sus hijos, especialmente para fines económicos.

Por ello, cabe preguntarse: ¿bajo qué parámetros puede establecerse la legitimidad del ejercicio de la patria potestad frente a la exposición parental digital lucrativa de niños en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Esta pregunta permite cuestionar la exposición parental digital lucrativa con base en las atribuciones de la patria potestad y si esto permitiría que se limite judicialmente el ejercicio de esta potestad.

Para resolver esta cuestión, se examina brevemente el concepto de *sharenting*, los problemas derivados de esta práctica y el *sharenting* lucrativo. Posteriormente, se analiza el derecho a la privacidad, la creación de la huella e identidad digital y la incidencia de la representación parental. Luego, se considera cómo se interpreta el ejercicio de la patria potestad en la exposición digital, la opinión, el interés legítimo y el consentimiento de los hijos y padres. Además, se estudia jurisprudencia y normativa extranjera para comparar con otros ordenamientos jurídicos. Finalmente, se ofrecen criterios de interpretación para casos judiciales para el sistema ecuatoriano.

2. Delimitación del problema jurídico

El aumento de la presencia de NNA en redes sociales genera inquietud respecto al rol de los progenitores en la protección de este grupo frente a los riesgos en Internet. Marta Morillas describe que, en la era digital, existe una nueva dimensión de la patria potestad en la que hay un deber de proteger la integridad tanto física como moral de los hijos dentro de los entornos digitales[5]. Esto reafirma la necesidad de entender que hay nuevas realidades donde los progenitores ejercen sus funciones parentales, por ejemplo, el entorno digital.

Según María de Llanos Cabedo Serna, existe una dualidad entre lo social y jurídico respecto a la exposición digital. Determina que, aunque socialmente ciertas conductas puedan ser legítimas, legalmente no pueden permitirse[6]. Esta perspectiva es importante para analizar la falta de consentimiento del niño y la legitimidad de estas acciones cuando exista únicamente la voluntad de los padres. Así también, Verónica de Priego Fernández identifica la relevancia de la intimidad familiar y personal cuando los padres utilizan la

5 Marta Morillas Fernández, "El ejercicio de la patria potestad digital y *sharenting*", en *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo,* ed. Araceli Donado Vara et al. (Madrid: Dykinson, 2023), 791-809, https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/131300.

6 María de Llanos Cabedo Serna, "El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad: Primeras decisiones judiciales". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13 (2020): 976-1003. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7557312.

imagen y los datos personales de sus hijos[7]. Mediante el *sharenting*, surge la preocupación de que quienes les han encomendado el cuidado y la vigilancia de los derechos de los niños puedan poner en riesgo su bienestar. Por ello, es importante el aporte de la autora al cuestionar la legitimidad del ejercicio de la patria potestad en esta actividad.

Muchas veces esta difusión se hace cuando los padres pretenden obtener un lucro. Al respecto, Marisa Sarget *et al*. sostiene que con esta práctica ocurre una mercantilización de la infancia[8]. Esta idea cuestiona la legitimidad de usar la imagen de NNA para obtener beneficios económicos y llegar a convertirse en una forma de trabajo infantil. Carmen Florit advierte que, cuando se hace con fines económicos y excede los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad[9], se configura una afectación a los derechos de los niños. Este enfoque resulta crucial para determinar los límites entre el ejercicio legítimo de la patria potestad y aquello que afecta el bienestar integral del niño. En el contexto ecuatoriano, Rosana Granja analiza el impacto de esta práctica y concluye que el *sharenting* es un ejercicio omnímodo de la patria potestad, consecuentemente, esta atribución es la que debe tener un limitante para los progenitores[10]. Es trascendente porque analiza los límites para el ejercicio de la atribución parental y contribuye a la discusión sobre cuándo hay usos legítimos e ilegítimos en la exposición digital.

En el ámbito normativo, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) califica como grupo de atención prioritaria a NNA y encarga al Estado, la sociedad y la familia garantizar un desarrollo integral para asegurar el ejercicio pleno de los derechos[11]. Además, reconoce la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad personal y familiar, dentro de la dimensión de la privacidad para toda la población. En el contexto internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) reconoce el derecho a la privacidad[12]. Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño reconoce la amenaza para el derecho a la privacidad en la difusión de información personal proveniente de familiares[13].

7 Verónica de Priego Fernández, "Los derechos de las personas menores de edad en entornos digitales: Oportunidades, riesgos y protección", en *Protección jurídica de las personas menores de edad: Un estudio multidisciplinar*, ed. Verónica de Priego Fernández (Madrid: Dykinson, 2022), 119-176, https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/viewepub/?id=124581.

8 Marisa Sarget et al., "*Sharenting* y *sharenting labour*: El uso de los hijos en redes sociales", en *Vulnerabilidad digital: Desafíos y amenazas de la sociedad hiperconectada*, ed. Rebeca Suárez, Miguel Ángel Martín-Cárdaba y Luis Fernández (Madrid: Dykinson, 2023), 83-92, https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/124581.

9 Carmen Florit Fernández, "Un reto acuciante en derecho español: La protección de los menores en Internet (Redes sociales, instamamis y juegos en línea que fomentan la adicción)", en *Retos del derecho digital*, ed. Alberto Cerezo (Madrid: Dykinson, 2024), 149-175, https://www-digitaliapublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/170840.

10 Rosana Granja, "*Sharenting* y derechos de la niñez en Ecuador", *Revista Cálamo*, n.º 12 (2019*):* 53-63, https://doi.org/10.61243/calamo.12.178.

11 Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. 568 del 30 de mayo de 2024.

12 Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.

13 Observación General Relativa a los Derechos de los Niños en Relación con el Entorno Digital, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/25, 2021.

De igual manera, se revisa el Protocolo de enmienda al Convenio 108 del Consejo de Europa, Convenio 108+, que establece la necesidad estatal de adaptación normativa para proteger los datos personales[14]. Dentro del contexto regional, se observan los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), que sirven de guía para el tratamiento y manejo de datos personales y que categorizan los datos de NNA como datos sensibles[15]. Asimismo, la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales recopila nuevos estándares para una especial atención a NNA ante la vulnerabilidad y exposición digital[16]. Asimismo, se estudia el Memorándum de Montevideo que destaca lineamientos que deben seguir los Estados para adoptar mecanismos que garanticen el derecho a la intimidad y privacidad[17].

En el marco nacional, el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA) ayuda a delimitar los principios normativos aplicables para la protección integral de los derechos de la intimidad y privacidad[18]. Además, se utiliza lo dispuesto en esta norma sobre las obligaciones de la patria potestad para analizar su alcance. También se revisan las disposiciones de la LOPDP[19] sobre el tratamiento y alcance de los datos personales de NNA. Por último, se toma en cuenta la Resolución SPDP-SPD-2025-0041-R, emitida por la Superintendencia de Protección de Datos Personales (en adelante SPDP), que regula el interés legítimo como base para el tratamiento de datos personales de terceras personas[20].

La exposición digital de niños constituye un fenómeno complejo que admite múltiples enfoques interdisciplinarios. Por ello, es posible analizarlo desde varias aproximaciones teóricas. Primero, la doctrina de la protección integral establece la priorización del ISN y su reconocimiento como sujeto de derechos[21]. Mediante este enfoque, la exposición digital de los niños debe analizarse en el marco de que estas acciones causen vulneraciones relacionadas con su privacidad. Así también, por un lado, NNA tienen derecho a la protección de sus datos personales, vinculado al derecho a la vida privada. Si bien el manejo y tratamiento de sus datos personales por terceros requieren consentimiento parental, no implica una titularidad absoluta de los progenitores

14 Protocolo de Enmienda al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108+), Elsinor, 18 de mayo de 2018. Constituye una fuente internacional porque Ecuador ha sido admitido como Estado observador para el convenio.

15 Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, Organización de Estados Americanos (OEA), 31 de diciembre de 2021, pág. 24.

16 Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales, Secretaría General Iberoamericana, 25 de marzo de 2023.

17 Memorándum de Montevideo, Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet, 28 de julio de 2009.

18 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA], R. O. Suplemento 737 del 3 de enero de 2003, reformado por última vez R. O. 68 el 26 de junio de 2025.

19 LOPDP, 2021.

20 Resolución n.º SPDP-SPD-2025-0041-R, Superintendencia de Protección de Datos Personales [normativa general para la aplicación del interés legítimo como base de legitimación para el tratamiento de datos personales dentro del territorio de la República del Ecuador], 7 de noviembre de 2025.

21 Shirley Campos García, "La Convención sobre los Derechos del Niño: El cambio de paradigma y el acceso a la justicia", *Revista IIDH* 50 (2009): 351-370. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf.

para disponer arbitrariamente de esta información[22]. En consecuencia, el requisito del consentimiento no basta para legitimar una exposición digital de los hijos cuando son los padres quienes causan dicha exposición basándose en una supuesta titularidad de los datos de sus hijos[23]. Por otro lado, desde la perspectiva del derecho de daños, la exposición digital puede ser una causa de daño emocional futuro a los niños[24]. Esto permite la posibilidad de que NNA presenten una acción civil en contra de sus padres como consecuencia de la difusión de sus datos personales cuando provoquen un daño[25]. De esta manera, los padres pueden ser responsables civilmente e indemnizar al hijo por la publicación de su información personal.

Ahora bien, el derecho de publicidad protege los derechos de las personas ante el uso inadecuado, no autorizado e inapropiado de sus datos personales cuando son utilizados para propósitos comerciales[26]. En este contexto, cuando el *sharenting* ocurre para fines publicitarios, se pueden aplicar regulaciones y derechos publicitarios para proteger al NNA de la apropiación de los datos personales que pueden hacer los padres[27]. Finalmente, desde el derecho laboral se habla de trabajo infantil. Los padres utilizan la información personal como instrumento de trabajo para actividades comerciales o contenido en redes sociales[28]. Esto sobrepasa motivos familiares y se utiliza a los hijos como herramienta de trabajo[29].

3. El *sharenting*

El *sharenting* —término resultante de la unión entre *sharing* (compartir) y *parenting* (crianza o paternidad/maternidad)— es la tendencia de los padres a compartir información personal de sus niños en redes sociales. Gergely Ferenc Lendvai dice que es una práctica en la que padres, representantes legales y miembros de la familia comparten información por cualquier medio: escrito, audiovisual o visual que contenga datos e información personal sobre niños[30]. Se considera como dato de carácter personal a "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"[31].

22 Yutang Hsiao, "Immature (Data) Privacy", *Buffalo Law Rev*iew, n.º 73, (2025): 131-197, https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol73/iss1/5.

23 Zahra Takhshid, "Children's Digital Privacy and the Case Against Parental Consent", *Texas Law Review* 101, n.º 6 (2023): 1418-1455. https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2023/05/Takhshid.pdf.

24 Yutang Hsiao,"Immature (Data) Privacy".

25 Ibid.

26 Sophie Polo, "The Unregulated Digital Playground: Why Kids Need Right of Publicity Protections from Their Parents", *Journal of Intellectual Property Law* 21, n.º 1 (2024): 138-161. https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol31/iss1/7.

27 Ibid.

28 Melanie Fineman, "Honey, I Monetized the Kids: Commercial Sharenting and Protecting the Rights of Consumers and the Internet's Child Stars", *Georgetown Law Journal* 111, n.º 4 (2023): 847-890. https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/wp-content/uploads/sites/26/2023/06/GT-GGLJ230015.pdf.

29 Ibid.

30 Gergely Ferenc Lendvai, "Sharenting as a Regulatory Paradox: A Comprehensive Overview of the Conceptualization and Regulation of Sharenting", *International Journal of Law, Policy and the Family* 38, n.º 1 (2024): 1-17. https://doi.org/10.1093/lawfam/ebae013.

31 Elena Gil, *Big Data: Privacidad y protección de datos* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016), 45, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf.

Verónica de Priego concuerda en que esto implica compartir imágenes de NNA y que, cuando ocurre reiteradamente, genera un riesgo para la seguridad y privacidad de NNA[32]. Así también, Massimo Foglia explica que esto ocurre cuando un progenitor comparte la información personal sin el consentimiento del niño o del otro progenitor, creando un riesgo sin conocimiento del otro padre[33].

En suma, para identificar el *sharenting*, hay que considerar los siguientes elementos: primero, que haya una difusión de datos personales de NNA. Segundo, que provenga de los progenitores o representantes legales. Tercero, que se haga en un entorno digital constantemente. Por último, que exista un riesgo para la privacidad por el contenido compartido, por ejemplo, explotación sexual, fotos íntimas, pedofilia o pornografía infantil.

3.1. Problemas del *sharenting*

La exposición parental digital supone riesgos para el desarrollo de la vida en Internet por la cantidad de información compartida y las implicaciones futuras de una prematura presencia digital para los niños. Anna-Maria Iskül y Kristi Joamets identifican que hay tres principales riesgos en la exposición digital: impacto psicológico, robo de identidad y el riesgo de depredadores digitales[34]. Estos riesgos pueden ser de dos dimensiones. Por un lado, las implicaciones sociales y psicológicas de estar expuestos en redes sociales. Por otro lado, las vulneraciones a los derechos causados por la difusión de información personal, principalmente sobre cuestiones de privacidad e intimidad[35].

Primero, desde la perspectiva social, las redes sociales exponen al escrutinio público. Cuando se publica contenido, se reciben comentarios como cumplidos, mensajes de apoyo, pero pueden recibirse mensajes ofensivos, comentarios de acoso e incluso sexualizar a los niños mediante estas interacciones. Esto, al final, puede afectar sustancialmente la autoestima, la percepción y las interacciones con terceros que hayan visto ese contenido[36].

Rodríguez, Kopecký y García-González describen que hay otros problemas sociales que traslucen en esta realidad digital, como el reforzamiento del sesgo y los estereotipos de género para cada niño, la preocupación sobre la imagen personal, la edición de contenido y también la comparación entre los rasgos personales y físicos de niños presentes en el medio[37].

32 De Priego Fernández, "Los derechos de las personas menores de edad en entornos digitales".
33 Massimo Foglia, "Sharenting e riservatezza del minore in rete", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16 bis (2022): 3550-3569. https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/134.-Massimo-Foglia-pp.-3550-3569.pdf.
34 Anna-María Iskül, y Kristi Joamets, "Child Right to Privacy and Social Media: Personal Information Oversharing Parents", *Baltic Journal of Law & Politics* 14, n.º 2 (2021): 101-122, https://doi.org/10.2478/bjlp-2021-0012.
35 Ibid.
36 Francis Rees, "Famous at Five: Risk Assessing Digital Child Labour", *Information & Communications Technology Law* 34, n.º 3 (2025): 219-240, https://doi.org/10.1080/13600834.2025.2452699.
37 José M. Romero-Rodríguez et al., "Sharing Images or Videos of Minors Online: Validation of the Sharenting Evaluation Scale (SES)", *Child and Youth Services Reviews* 136 (2022): 106396, https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2022.106396.

A nivel psicológico, hay afectaciones relacionadas con la identidad y la autoestima. Respecto a la identidad, la etapa de formación de la autopercepción se produce en el crecimiento mediante interacciones con el entorno. Esta identidad se refiere al aspecto personal, como sus creencias, pero también desde la percepción de los otros[38]. El contenido que comparten los padres contribuye a la creación de la identidad digital en la que NNA no participan y, cuando alcanzan madurez y consciencia de su presencia en línea, pueden rechazarla[39]. Otro riesgo supone la vulneración de su privacidad e intimidad. Al exponer su información personal, esta se vuelve pública y, en el caso de los niños, puede llegar a personas con fines maliciosos para usos en pornografía infantil, secuestros, robos de identidad, acoso y otros que pueden constituir delitos[40].

En Ecuador, el derecho a la privacidad e intimidad está reconocido tanto por la CRE como por instrumentos internacionales de derechos humanos[41]. A partir de ello, la Corte Constitucional establece un estándar de expectativa razonable de privacidad que tiene cada persona[42]. Por ello, es posible inferir que, ante la exposición digital de NNA, los padres deben respetar esta expectativa razonable para proteger a sus hijos. Para ello, es necesario reconocer que la decisión de exposición digital no constituye pleno control parental, sino un derecho reconocido de los niños[43].

La presencia digital genera un rastro conocido como *huella digital*. Carmen Florit lo define como el conjunto de información compilada en entornos digitales que se forma según la actividad que se realiza en las redes sociales, también conocida como *reputación digital*[44]. Para María Planas Ballvé, la huella digital se forma conforme a la cantidad y frecuencia con la que se comparte la información. La autora explica que, en el caso de los niños, ellos no crean su propia huella, sino que son los padres a través de la publicación de su información[45]. Resalta además que la creación de la reputación digital personal debería depender de la voluntad del NNA. Este elemento está ausente cuando se refiere a la huella digital de los NNA, porque son los padres quienes generan la huella a través de la exposición en línea, sin que concurra la voluntad del hijo. Al ser su derecho, los NNA deberían manifestar su opinión al respecto[46]. Así, para la creación de esta huella o reputación digital debe considerarse la voluntad del NNA, mientras no estén en riesgo sus derechos.

38 Walrave et al., "The Limits of Sharenting".
39 Ibid.
40 María Planas Ballvé, "*Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal Revista Práctica de Derecho* (2020): 37-66, https://doi.org/10.51302/ceflegal.2020.9695.
41 Artículo 66, numerales 18, 19 y 20, CRE, 2008.
42 Sentencia n.º 2064-14-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2021, párr. 124.
43 Luis Ordóñez Pineda y Stefany Calva Jiménez, "Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del *sharenting*", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9, n.º 2, (2020): 105-130.{\\i{}Revista Chilena de Derecho y Tecnolog\\uc0\\u237{}a} 9, n\\uc0\\u250{}m. 2 (2020 http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.55333.
44 Florit Fernández, "Un reto acuciante en derecho español".
45 María Planas Ballvé, "*Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales".
46 Artículo 12, Convención de los Derechos del Niño.

3.1.1. *Sharenting labour*

Existen varias razones para que los padres decidan exponer a sus hijos en redes sociales. Principalmente, pueden considerarse cuatro motivos: para buscar consejo, motivos sociales, impresión pública y compartir con familiares y amigos[47]. No obstante, también puede ser por motivaciones económicas. Cuando los padres exponen los datos personales de sus hijos para obtener réditos económicos, sea monetizando el contenido creado o por pagos por publicidad que hacen las marcas, se conoce como *sharenting labour*[48]. Hay un uso profesional de NNA y se obtiene un pago, que implica una monetización o mercantilización de la imagen infantil[49]. De esta forma, no hay una actuación inofensiva de compartir la vida de los hijos por motivos sociales, en cambio, se convierte en objeto. Generalmente, los datos que se comparten son imágenes o videos de los niños en su contexto familiar, académico, mostrando productos e incluso realizando retos virales[50]. Desde esta óptica, los hijos son un instrumento para generar ganancias, lo que podría considerarse como forma de promover el trabajo infantil[51], los padres son los empleadores y los niños, los trabajadores[52].

Para ejemplificar esta situación se utiliza el caso de 2022 de Wren Eleanor, una niña de dos años, que tenía una cuenta en TikTok a su nombre y que era manejada por su madre. La cuenta tenía más de diecisiete millones de seguidores y en esta se publicaba contenido sobre las actividades y hábitos diarios de Wren Eleanor, incluyendo colaboraciones pagadas con marcas reconocidas, convirtiendo a la cuenta en fuente económica de la madre. Este caso es relevante porque los seguidores expresaron su preocupación por el nivel de exposición de la vida privada de la niña, principalmente porque sus videos estaban popularizándose notablemente[53]. El principal riesgo identificado fue que los videos empezaron a ser guardados y comentados por adultos, que sexualizaban las acciones y la apariencia de la niña, aumentando la amenaza de que el contenido se usara para fines maliciosos y la pusiera en peligro. Ante la situación, la madre únicamente optó por limitar los comentarios en la cuenta, sin desistir de publicar y así continuar recibiendo el pago de TikTok y de las marcas[54]. Así, este caso ejemplifica el problema de la exposición parental digital lucrativa, que compromete los derechos de NNA, su seguridad y bienestar. Por ello, urge identificar los límites que deben tener los padres en la exposición digital de sus hijos.

47 Walrave et al., "The Limits of Sharenting".
48 Simone, "When Parents Decide That All the World's a Stage".
49 Sarget et al., "*Sharenting* y *sharenting labour*".
50 Gabriella Cory, "The Children Are Not for Sale: Stamping Out the Monetized Sharenting Entertainment Industry and Rehabilitating Parental Rights", *The Columbia Journal of Law & The Arts* 48, n.º 1 (2025): 107-139, https://doi.org/10.52214/jla.v48i1.13532.
51 Elena Fernández Blanco y Mercedes Ramos Gutiérrez, "Sharenting en Instagram: Abuso de la presencia del menor en publicidad", *Revista de Comunicación* 23, n.º 1 (2024): 177-198, https://doi.org/10.26441/RC23.1-2024-3460.
52 Fineman, "Honey, I Monetized the Kids".
53 Caroline Harrod, "No Child Left Online: Influencer "Sharenting" as a Breach of Fiduciary Duty", *Cardozo Law Review* 45, n.º 4 (2024): 1213-1246. https://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2024/09/HARROD.45.4.2_Print.pdf
54 Ibid.

3.2. Derecho a la privacidad de niños, niñas y adolescentes

La Observación General número 25 del Comité de los Derechos del Niño reconoce varios derechos para este grupo en la digitalidad[55]. Específicamente, se garantiza el derecho a la privacidad que consiste en mantener al margen la información personal de injerencias arbitrarias. Así, engloba otros derechos: a la intimidad, la imagen, la honra y el honor, que se garantizan también para NNA[56] y que están directamente relacionados con la vida personal y deben protegerse para garantizar la privacidad[57]. Esta Observación reconoce que la privacidad se ve amenazada por intromisiones de terceros, incluyendo familiares, suponiendo injerencias arbitrarias e ilegales en la vida privada. Además, impone una obligación de proteger los datos personales, en la que debería primar el consentimiento de los niños según su edad y capacidad de decisión[58]. Además, NNA gozan de una protección jurídica especial para sus derechos sobre sus datos personales[59]. Por lo cual, es necesario que el Estado y la familia, como encargados de garantizar sus derechos, aseguren su cumplimiento y eviten afectar su privacidad.

3.3. La privacidad de niños, niñas y adolescentes en el entorno digital

La protección de la privacidad tiene nuevos desafíos sobre el acceso a la información compartida, y los niños no se encuentran exentos. En la exposición digital hay un manejo constante de información privada que requiere de cuidado y resguardo adecuados, especialmente en el caso de NNA, para proteger su vida privada[60]. Ante estas dinámicas, se resalta la importancia del reconocimiento y el tratamiento de los datos personales. Así, el Comité de los Derechos del Niño considera imperante que los Estados diseñen mecanismos de protección para el tratamiento de los datos de este grupo. Principalmente, enfatiza que debe evitarse la recolección indebida de información personal de NNA para objetivos delictivos o comerciales.

En el caso ecuatoriano, la LOPDP consagra el derecho de los niños a "no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas"[61]. Por lo cual, es necesario el consentimiento de los progenitores o representantes legales para el tratamiento de datos personales de los niños.

55 Observación General n.º 25, pp. 10-15.
56 Artículos 51 y 52, CONA.
57 Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, p. 21.
58 Observación General n.º 25, párr.88.
59 Ramón Herrera, y Alba Peñas, *La privacidad de los menores en redes sociales: Especial consideración al fenómeno influencer* (Barcelona: Atelier, 2022).
60 Maryori Molina, "La privacidad y protección de datos de los menores de edad en la era de la tecnología disruptiva: El derecho al olvido, el *sharenting* y el *oversharenting*", *Pro Jure Revista de Derecho* 64 (2025): 269-304, https://doi.org/10.4151/SO2810-76592025064-1435.
61 Artículo 21, LOPDP.

Esta norma reconoce que son los padres quienes se encargan de consentir el manejo y tratamiento de la información personal de sus hijos. Empero, la norma no contempla el supuesto en que sean los padres quienes causan estas injerencias y utilizan inadecuadamente la información personal de sus hijos. Esta situación responde a una confusión sobre la titularidad del derecho a la privacidad. Es necesario notar que, para los niños, como sujetos de derechos, la privacidad es un derecho autónomo, pese a que estén limitados en su ejercicio debido a su edad[62]. Por ende, los progenitores o representantes legales están encargados de representarlos para el ejercicio efectivo de su privacidad, sin que esto les atribuya titularidad.

3.4. El límite de la representación parental y la vida privada de los niños

Los padres son más conscientes de los riesgos en Internet. Por ello, deben proteger la privacidad de los niños a través del cuidado en estos medios. Sin embargo, el *sharenting* constituye una intromisión en la esfera privada de NNA, por lo cual, para establecer la legitimidad de la intrusión parental, hay que definir el límite en que los padres tengan potestad para decidir sobre la presencia digital de sus hijos. En España se regulan las intromisiones ilegítimas en la privacidad. Estas incluyen hechos como la divulgación de la vida privada, la difusión de imágenes, el uso de imagen para fines comerciales, captación y distribución de contenido de información personal. Esto se extrapola a NNA cuando estas acciones son causadas por los padres; así, las injerencias ilegítimas provienen de terceros y del núcleo familiar[63].

Generalmente, se cree que los padres pueden decidir cómo, cuándo y a quién se comparte información sobre la vida privada de los hijos. No obstante, esta posibilidad no puede ser arbitraria, debería limitarse a no afectar la privacidad ni causar riesgos de exposición. Por lo que existe un límite entre la representación parental y el ejercicio del derecho a la privacidad de NNA. El límite es el interés superior del niño, sin embargo, para la protección de datos personales, la privacidad es el marco para catalogar la intromisión como legítima o ilegítima. En España los parámetros normativos son específicos. En Ecuador es necesario interpretar desde la protección de la privacidad para ver la afectación[64]. Adicionalmente, se debe considerar el interés legítimo como base para habilitar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento de NNA[65] y así excluir actuaciones que no cumplan con los requisitos.

62 Herrera y Peñas, *La privacidad de los menores de edad*.
63 Ibid.
64 Granja, "*Sharenting* y derechos de la niñez en Ecuador".
65 Artículo 3, Resolución SPDP-SPD-2025-0041-R.

4. Ejercicio de la patria potestad en la exposición parental digital lucrativa

Es común que los niños se encuentren presentes en el medio digital. Por lo que corresponde a los padres su cuidado en este medio para salvaguardar su integridad, su desarrollo, sus derechos y protegerlos de los retos que supone la virtualidad. Esto se conoce como *patria potestad digital*, que consiste en la responsabilidad de los padres de velar por los intereses de los hijos en la sociedad digital[66]. Esta es la forma mediante la cual los padres se encargan del cuidado de sus hijos en plataformas digitales para asegurar un uso seguro. Por ende, los padres son responsables de garantizar la seguridad y prevalencia de sus derechos digitales.

La patria potestad digital se ejerce en dos dimensiones. Primero, como "un deber de velar por la integridad física y moral de los hijos ante los riesgos que implica el uso de Internet"[67]. Por lo que es necesario que los padres intervengan y supervisen las actividades en línea de sus hijos para garantizar su protección en sus interacciones digitales, sin necesidad de privarlos del uso de estos espacios. Segundo, como ejercicio del derecho a la intimidad, imagen y honor de los hijos por los padres[68]. En esta línea, se incluye respetar la identidad digital y moderar la exposición de su información. Por ello, los padres tienen un rol fundamental en la protección digital de los hijos en cuanto a cuidar la identidad y la huella digital que se crea mediante cada interacción[69].

La exposición parental digital lucrativa desnaturaliza las atribuciones parentales porque se enriquece con el uso de la información personal de sus hijos. En este escenario, hay una tensión manifiesta sobre la legitimidad del ejercicio de la patria potestad en esta actividad. Así, la exposición pública y la utilización de información personal con fines económicos cuestionan los límites entre el deber de protección, la representación de los derechos del hijo y la instrumentalización de su imagen[70]. De esta forma, cuando hay objetivos económicos para la exposición digital, esta no es compatible con la naturaleza de las atribuciones parentales. En cambio, hay un abuso de los padres que provoca una vulneración de los derechos de NNA sobre su privacidad, intimidad y genera un riesgo para la seguridad en las redes sociales.

66 Natalia Velilla, "Patria potestad digital: Menores e Internet", *Revista Jurídica de Derecho de Familia*, n.º 7 (2017): 1-16. https://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/11/LIBRO-DE-FAMILIA-NOV-17.pdf.
67 Ibid., 8.
68 Rosana Granja, "*Sharenting* y derechos de la niñez en Ecuador".
69 Massimo Foglia, "Sharenting e riservatezza del minore in rete".
70 Cory, "The Children Are Not for Sale".

4.1. Consentimiento de niños, niñas y adolescentes en la exposición digital

Para el manejo de sus datos personales, la legislación ecuatoriana no exige que los niños den su consentimiento por su capacidad jurídica limitada. Pese a ello, tienen derecho a ser escuchados sobre los asuntos que les afecta[71]. En este contexto, se encuentra en juego su derecho a la privacidad, por lo cual es necesaria la opinión de los hijos sobre su presencia en línea. En el caso ecuatoriano, para determinar cuándo se requiere el consentimiento, se debe considerar al niño y al adolescente conforme al Código Civil (en adelante CC)[72]. Esto es porque los adolescentes, a partir de los quince años, pueden dar su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales. En cambio, para menores de esa edad, se requiere el consentimiento de los progenitores o representantes legales[73].

En el caso de adolescentes, hay posturas que consideran que su consentimiento, a cualquier edad, sí puede ser válido para el manejo de sus datos personales y otras que niegan que los adolescentes puedan expresar consentimiento si la ley no lo permite. Por un lado, para que exista un consentimiento válido debe analizarse el grado de madurez, incluyendo su desarrollo emocional e intelectual, especialmente la capacidad para entender implicaciones y riesgos de la exposición digital para sus intereses[74]. La postura contraria, en cambio, utiliza el criterio objetivo de la edad y, por ende, solo a partir de la edad que la ley lo permite, los adolescentes pueden otorgar un consentimiento legítimo, sin examinar otros factores. No obstante, el problema con ambas perspectivas es que no consideran que NNA pueden estar sujetos a influencias externas y, en consecuencia, pueden existir vicios en este consentimiento para la exposición digital[75]. Toral Lara argumenta que estos criterios no son suficientes por separado y deberían concurrir para garantizar la existencia de un consentimiento válido. Esto significa que la edad sea aquella que cada legislación de protección de datos designe y, adicionalmente, se considere el criterio de análisis del nivel de madurez suficiente para entender las consecuencias respecto al manejo de sus datos personales en las distintas dimensiones de tratamiento posibles[76].

No obstante, aunque exista el consentimiento de los adolescentes, puede ser insuficiente para legitimar la exposición digital. Por ejemplo, la legislación española dispone que, aunque exista el consentimiento expreso de NNA y así sea válido, no es suficiente cuando el tratamiento de la información supera el límite de la privacidad y arriesga el interés superior porque se considera una

71 Artículo 60, CONA.
72 Ver, artículo 21, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 10 del 24 de junio de 2005.
73 Artículo 21, LOPDP.
74 Estrella Toral Lara, "Menores y redes sociales: Consentimiento, protección y autonomía", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 36 (2020): 179-218, https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.36.05.
75 Ibid.
76 Ibid.

intromisión ilegítima para NNA que no debe permitirse[77]. Ecuador no tiene esta excepción en la LOPDP, pero se podría adoptar como causal de excepción para el consentimiento de los adolescentes de quince años y asegurar su protección. Sin embargo, este trabajo se centra en analizar los casos de niños, niñas y adolescentes menores de quince años que no pueden dar su consentimiento y están sujetos al de sus progenitores y representantes legales.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha tratado el tema del consentimiento de NNA en entornos digitales. En la sentencia n.º 456-20-JP/21, en la que se analiza un caso de *sexting*, la Corte Constitucional ha establecido que la utilización no autorizada de información perteneciente a la esfera íntima puede comprometer derechos como la protección de datos personales, la autodeterminación informativa, la honra, el buen nombre, la propia imagen y la intimidad[78]. Si bien este precedente se refiere a fotografías íntimas, sus consideraciones permiten advertir que la protección jurídica comprende también la facultad de cada persona para ejercer control sobre la información vinculada con su esfera personal. Esta consideración adquiere particular importancia tratándose de NNA, quienes, además de ser titulares de estos derechos, se encuentran sujetos a una protección reforzada.

En esta misma línea, la Corte Constitucional, en la sentencia n.º 785-20-JP/22 estableció que esta protección adquiere particular relevancia en el entorno digital, donde las redes sociales permiten una difusión amplia, inmediata y potencialmente permanente de información personal[79]. Si bien estos espacios constituyen mecanismos para el ejercicio de la libertad de expresión y permiten a NNA participar activamente en la construcción de su ciudadanía digital, dicha libertad no es absoluta y puede encontrar límites cuando entra en conflicto con otros derechos constitucionalmente protegidos.

4.2. Consentimiento parental para la exposición digital

Cuando se trata de decisiones de la vida de los hijos, debería coexistir el acuerdo de voluntad de los progenitores, ya que el régimen de la patria potestad incluye esta potestad para los padres, incluso cuando alguno de ellos no tenga la tenencia de los hijos. Idealmente, el ordenamiento jurídico debería exigir que exista el consentimiento común de los padres respecto de cuando alguno comparta información personal de su hijo en redes sociales[80].

Con base en el principio de corresponsabilidad parental, hay una repartición equitativa de los deberes y responsabilidades que tienen los padres en relación

77 Estela Brión Berdote, *Protección de datos personales, redes sociales y menores de edad: Nuevos retos normativos en tiempos de big data e inteligencia artificial* (Madrid: Dykinson, 2025), https://doi.org/10.14679/3782.
78 Sentencia n.º 456-20-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, pág. 35.
79 Sentencia n.º 785-20-JP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de enero de 2022, párr. 107.
80 Cabedo Serna, "El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad".

con sus hijos[81]. Por ello, según Marta Morillas, los padres deben tener responsabilidad compartida en las precauciones para asegurar la privacidad de sus hijos[82]. Así, mientras ambos padres tengan plena vigencia y ejercicio de la patria potestad, deben tener responsabilidad ante la difusión de los datos personales de sus hijos en los medios digitales, incluso si no son quienes lo hacen[83]. Así como debe concurrir un consentimiento conjunto, la responsabilidad debe ser común cuando exista un uso inadecuado de esta actividad. En el uso lucrativo, se asume que ambos padres prestaron el conocimiento y, por tanto, obtienen conjuntamente el beneficio económico. En consecuencia, cada uno está sobrepasando su privilegio parental cuando utiliza la información personal de su hijo para la difusión y monetización en el medio digital[84].

En inicio, la razón para el consentimiento parental es evitar las injerencias en el tratamiento de terceros. Sin embargo, en los casos de *sharenting* lucrativo, este no es suficiente porque resulta contradictorio: no se puede restringir que los padres usen los datos personales cuando son ellos mismos quienes deben otorgar el consentimiento para el manejo y tratamiento de los datos[85].

El escenario descrito implica una extralimitación de la patria potestad por ambos progenitores, respondiendo así mutuamente por los daños y las afectaciones causados a sus hijos. No obstante, desde otra perspectiva, el que concurra la voluntad de ambos progenitores ayuda a equilibrar la actuación de uno de ellos. Además, en caso de que alguno de ellos no esté de acuerdo, puede generarse un conflicto y la posibilidad de entablar acciones legales contra el otro para cuestionar la legitimidad de las acciones[86].

4.3. Consentimiento unilateral y conflicto entre los padres

Cuando uno de los padres no otorgue su consentimiento, puede generar tensiones entre ellos. Esto pudiese ocurrir cuando alguno de los progenitores no posee la tenencia del hijo y, por tanto, no participa activamente en la vida cotidiana y, consecuentemente, no está al tanto de la actividad que hace el otro progenitor. Pese a esto, no deben ser excluidos de decisiones de esta índole para garantizar una debida protección de su hijo y ejercer adecuadamente su parentalidad.

María de Llanos Cabedo Serna, a partir de jurisprudencia española, sugiere que no siempre es necesario el consentimiento del otro progenitor. Cuando las publicaciones no implican un riesgo para el honor, la intimidad y la privacidad, limitadas a un uso para el ámbito familiar y social, no es necesario

81 Sentencia n.º 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 138.
82 Marta Morillas, "Ejercicio de la patria potestad y *sharenting*".
83 Ibid.
84 Florit Fernández,"Un reto acuciante en derecho español".
85 Toral Lara, "Menores y redes sociales: Consentimiento, protección y autonomía".
86 Granja, "*Sharenting* y derechos de la niñez en Ecuador".

contar con el consentimiento del otro progenitor. Así, esta actividad no sería contraria ni excesiva mientras se mantenga en lo social y los padres tomen las precauciones necesarias para cuidar la privacidad en el entorno que comparten[87]. Para la autora, el consentimiento no es necesario porque no hay un fin de atentar a la privacidad de manera ilegítima, justificándose en su calidad de padre. De esta forma, se entiende que está en el margen de las funciones de cuidado y protección que conlleva la responsabilidad parental. Por ello, responde únicamente a una dinámica familiar mediante interacciones sociales para compartir momentos de la vida, sin que implique un uso desproporcionado o desnaturalizado[88].

Sin embargo, Marta Morillas, siguiendo otros criterios de decisiones judiciales españolas, establece que para todos los casos es necesario contar con el consentimiento de ambos progenitores. Sin importar cuál sea el fin, es esencial el consentimiento de ambos progenitores, sea este expreso o tácito. El único caso para excluir el consentimiento de alguno es cuando uno no pueda ejercer la patria potestad[89]. Ahora bien, se concuerda con Cabedo Serna que cuando la difusión es propiamente con fines sociales y hay garantías reforzadas de privacidad, no es necesario el consentimiento del otro progenitor. Debido a que, si se está haciendo un ejercicio legítimo de la parentalidad, no debería estar sujeto a la aprobación continua del otro progenitor, que implicaría otros conflictos entre ellos. Entonces, se puede deducir que para que no sea necesario el consentimiento de los dos progenitores, el progenitor que expone debe asegurar: 1) que la exposición no sea frecuente; 2) que los fines se limiten a ámbitos sociales y familiares y 3) que se garantice la privacidad de la información de NNA[90]. En caso de incumplimiento, puede ocurrir un uso indebido, inadecuado y ofensivo de la imagen del hijo, es decir, un evidente detrimento de sus derechos. Aquí el otro progenitor tendría la posibilidad de cuestionar la legitimidad de estas actuaciones y exigir judicialmente el cese de la difusión y la eliminación de cualquier dato e información que supongan un riesgo para el niño[91].

En consecuencia, al considerarse un ejercicio inadecuado de la potestad parental, y cuando la actuación proviene exclusivamente de uno de los progenitores, el otro tiene la potestad de exigir el cese de estas actividades. De esta forma, podrían recurrir a la autoridad judicial para pedir al otro progenitor que detenga esta actividad y, por ser una extralimitación en sus funciones parentales, solicitar que se limite la patria potestad por atentar contra el interés superior del niño, causándole un perjuicio.

87 Cabedo Serna, "El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad".
88 Ibid.
89 Marta Morillas, "Ejercicio de la patria potestad y *sharenting*".
90 Cabedo Serna, "El *sharenting* y el ejercicio de la patria potestad".
91 Ibid.

4.4. Límites del ejercicio de la responsabilidad parental en la exposición digital

Díez-Picazo y Gullón explican que existen dos tipos de límites para la patria potestad. Primero, aquellos que son internos y causales que buscan el beneficio principal para los hijos. Aquí, dentro de este tipo de límites, pese a no estar normados, significa actuar conforme al principio del interés superior del niño, priorizando el bienestar y su protección integral[92]. Segundo, también hay límites externos y objetivos que se imponen sobre las actuaciones de los padres. Esto aborda los requisitos que deben cumplir los actos de los padres y las decisiones de control de la autoridad judicial se deben adecuar. Sobre esto, es el ordenamiento jurídico el que establece requerimientos y lineamientos dentro de los cuales se puede analizar el ejercicio de la patria potestad[93].

4.4.1. Límites normativos ante la exposición digital

La legislación ecuatoriana contiene maneras de evitar ejercicios desproporcionados de la patria potestad. Para ello, existen tres figuras: suspensión, limitación y privación de la patria potestad. Cada una de ellas implica una serie de restricciones dependiendo de cuál se aplique. Las diferencias son los efectos, la temporalidad y la posibilidad de reversión de la causa.

En primer lugar, el CONA dispone que la limitación de la patria potestad ocurre ante cualquier acto que sea contrario al interés superior del niño. El artículo 111 dispone que se puede limitar el ejercicio de la patria potestad restringiendo alguna de las funciones, durante el tiempo que dicte la decisión judicial o subsistan las circunstancias por las que se limitó[94]. Aquí entra la temporalidad de la decisión de restringir el ejercicio, por lo cual, una vez superada la situación, se regresa el ejercicio al progenitor. En segundo lugar, para la suspensión hay causales taxativas[95]. Estas se originan ante vulneraciones de los derechos de los niños o en circunstancias que afectan el ejercicio[96]. Cuando la causa es la vulneración de derechos, debe ser de un nivel de gravedad medio para que no amerite la privación y, una vez superada, se puede restituir el pleno ejercicio y goce[97]. Por último, la privación de la patria potestad es la figura más severa para controlar la actividad de los padres. Al igual que la suspensión, hay causales específicas para que se prive a un progenitor. En este mecanismo, el estándar de gravedad de la situación debe responder a una vulneración fuerte y a un riesgo inminente para la integridad y el desarrollo del niño[98].

92 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil: Derecho de familia* (Madrid: Tecnos, 2006).
93 Ibid.
94 Artículo 111, CONA.
95 Id., artículo 112.
96 Farith Simon, *Manual de derecho de familia* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2024).
97 Ibid.
98 Artículo 113, CONA.

Para el caso de la exposición digital, es necesario analizar mediante el estándar de debido cuidado y de negligencia por parte de los padres. Las causales de las tres figuras abordan, en resumen, el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad. En el análisis de la exposición parental digital lucrativa, puede encajar respecto a lo previsto en el numeral 6 del artículo 113 del CONA: "Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad"[99]. Entonces, considerando que la exposición digital lucrativa supone un incumplimiento del deber de cuidar la privacidad del niño y según sea la gravedad del perjuicio que esta genere, es posible subsumir esta conducta dentro de esta causal y así justificar la privación de la patria potestad.

Sumado a esto, otro límite normativo para la exposición digital en el ordenamiento ecuatoriano es la determinación del interés legítimo para el tratamiento de los datos personales. Este requisito implica que quien quiera hacer uso de datos personales de terceros, sin el consentimiento del titular, debe presentar una razón justificada[100].

Esto se puede resolver a través de un examen de ponderación previa y motivada aplicando criterios de idoneidad, justificación y ponderación. En este último, se debe determinar la naturaleza de los datos; el contexto y las expectativas razonables; el volumen y transferencias y la categoría de los titulares de los datos a utilizar. Aquí debe considerarse que, si son datos personales de NNA, se requieren medidas especiales; y para que se llegue a legitimar la existencia de un interés legítimo para tratar sus datos, debe estar justificado por el interés superior y resguardado por garantías reforzadas[101].

A pesar de que la legislación contempla algunos mecanismos para limitar las actuaciones de los padres, hay ocasiones en que se debe interpretar a partir del incumplimiento de sus obligaciones[102]. Por lo cual, se infiere que el límite de toda acción parental debe orientarse a cumplir sus deberes y evitar vulnerar los derechos de NNA.

En el caso de la exposición digital parental lucrativa, el límite implícito es el derecho a la privacidad. Al respecto, Zhao Peng dice que es necesario adoptar, desde la perspectiva del *communication privacy management framework*, herramientas para custodiar la privacidad de los hijos[103]. Los padres deben seleccionar qué información revelan en redes sociales, a las personas a las que se confía y establecer límites para la exposición digital tanto para terceros como para ellos. Si no se observan, hay una vulneración del derecho a la privacidad y se arriesga la protección de sus datos personales.

99 Id., artículo 113, numeral 6.
100 Artículo 4, Resolución n.º SPDP-SPD-2025-0041-R.
101 Artículo 6, Resolución n.º SPDP-SPD-2025-0041-R.
102 Artículo 105, CONA.
103 Zhao Peng, "Your Growth Is my Growth: Examining Sharenting Behaviours from a Multiparty Privacy Perspective", *Communication Research and Practice* 9, n.º 3 (2023): 271-289, https://doi.org/10.1080/22041451.2023.2216584.

En suma, garantizar el derecho a la privacidad para NNA busca que las acciones de los padres en el entorno digital no supongan una intromisión en la esfera privada de sus hijos, comprometiendo su seguridad, identidad y desarrollo. Sin duda, este debe considerarse como el límite para los padres porque arriesga el bienestar integral de los niños, además de normalizar la exposición digital parental como actividad económica[104].

5. Normativa y jurisprudencia comparada acerca de la exposición digital de niños, niñas y adolescentes

Como se advirtió, no existe una regulación específica internacional o nacional para afrontar el *sharenting*. Sin embargo, ahora en Ecuador se prohíbe el tratamiento de datos personales de NNA para temas de mercadotecnia directa[105], lo que implica un inicio en la discusión sobre el uso de datos personales de NNA. Para interpretar normativamente esta situación en el caso ecuatoriano, es necesario referirse a lo contenido en instrumentos internacionales, *soft law* y analizarlo con base en normas y jurisprudencia extranjeras. En este apartado se analizan normas y una selección de jurisprudencia extranjera. Para el efecto, se ha seleccionado a Estados Unidos por su amplia regulación en el caso de protección financiera y limitación de exposición a los *kid influencers*; España, debido a su similitud en el régimen jurídico respecto a protección de datos personales y su desarrollo jurisprudencial; Francia, por ser pionera en promulgar una ley especializada para la protección reforzada ante la exposición de los padres; y Colombia, por su cercanía de contexto social y jurídico y sus decisiones constitucionales sobre el *sharenting*.

5.1. Instrumentos internacionales y regionales

La Observación General n.º 25 establece medidas especiales de protección para los niños dentro de este contexto digital. Específicamente dispone que: "Al crear y compartir contenidos, los niños pueden ser agentes económicos en el entorno digital, lo que puede dar lugar a su explotación"[106]. Como tal, reconoce que los niños pueden convertirse en actores económicos digitales, por lo cual se debe evitar su explotación cuando hay un uso inadecuado de su imagen utilizada en actividades económicas[107].

Asimismo, el Convenio 108+ impone una obligación a las autoridades de prestar especial atención a los derechos de protección de datos de NNA,

104 Ibid.
105 Artículo 10, Resolución n.º SPDP-SPD-2025-0041-R.
106 Observación General n.º 25, párr. 112.
107 Ibid., párr. 113.

encargando la vigilancia a una autoridad de supervisión. En el caso ecuatoriano, la encargada sería la Superintendencia de Protección de Datos Personales conforme lo dispone la LOPDP[108]. El Memorándum de Montevideo contiene tres aspectos importantes sobre la presencia de los niños en medios digitales: el reconocimiento de la familia para el cuidado de los niños, la priorización del interés superior y la responsabilidad para la participación de niños en las redes sociales[109]. Igualmente, los principios descritos en la Carta Iberoamericana de Derechos Digitales concuerdan en que se deben frenar las prácticas abusivas de las que pueden ser víctimas NNA en los entornos digitales. Adicionalmente, atañe a la responsabilidad de asegurar un uso mínimo de sus datos y de restringir el procesamiento y las prácticas comerciales que arriesguen a NNA[110].

Los Principios sobre Protección de Datos de la OEA resumen los ejes principales que deben garantizarse para una regulación y protección efectivas de los datos personales. En el caso de NNA, este documento otorga la categoría de datos personales sensibles y la necesidad del consentimiento del titular de la patria potestad, debido a que se considera que la información de este grupo es de carácter vulnerable y requiere una protección especial por parte de los Estados[111].

5.2. Estados Unidos

La Illinois Kidfluencer Law (Public Act 103-0556)[112] es una ley del estado de Illinois en la que se aborda específicamente el contenido de *vlogging* que es monetizado por los padres, modificando la legislación sobre trabajo infantil en ese estado (Child Labor Law*).* Esta nueva ley protege a menores de dieciséis años que son quienes protagonizan contenido pagado, considerando como una participación relevante cuando al menos el 30 % del contenido compensado incluye imagen, nombre o fotografía, y se cumplen determinados umbrales de monetización en beneficio del niño o adolescente, y deberá ser compensado económicamente por la frecuencia con la que aparece en el contenido de redes sociales[113]. En esta ley también se imponen obligaciones al progenitor de mantener un registro y obtener una cuenta fiduciaria en beneficio del niño o adolescente a la cual podrá acceder al cumplir la mayoría de edad. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a que el NNA pueda entablar acciones civiles contra sus progenitores[114].

108 Artículo 76, LOPDP.
109 Memorándum de Montevideo, p. 4.
110 Carta Iberoamericana, pp. 16-18.
111 Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, p. 33.
112 Illinois General Assembly. *Public Act 103-0556.* 11 de agosto de 2023.
113 Rina Wong, "Social Media and Social Reform: Why States Should Consider Protecting the Rising Kidfluencers", *SMU Law Review* 77, n.º 4 (2024): 901-934, https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5024&context=smulr.
114 Ibid.

Así también, Minnesota incluyó la Ley H. F. n.º 3488 en 2024 que protege a los niños *influencers*[115]. Esta ley establece una restricción para NNA menores de catorce años, quienes tienen prohibido crear contenido propio en el que aparezcan durante más del 30 % del contenido audiovisual producido en un período de treinta días y que genere más de USD 0,01 por visualización[116].

A diferencia de la ley de Illinois, la ley de Minnesota tiene un reconocimiento de una protección adicional de la privacidad, que constituye esencialmente un derecho al olvido. La legislación establece que NNA mayores de trece años pueden solicitar al creador de contenido que elimine cualquier contenido que contenga su imagen de las plataformas digitales en las que haya sido publicado. Asimismo, las personas que al momento de la publicación del contenido tenían menos de dieciocho años también pueden solicitar posteriormente su eliminación[117].

Otro referente relevante es la California Senate Bill 764 (SB 764), aprobada en 2024 y vigente desde el 1 de enero de 2025[118]. Esta normativa incorpora al *Family Code* de California un régimen específico para regular la participación de NNA en contenido digital monetizado por sus progenitores, representantes legales o familiares. La ley considera que existe "*work of vlogging*" cuando, durante un mes, al menos el 30 % del contenido remunerado incluye la imagen, nombre o fotografía del NNA, se cumplen determinados umbrales de monetización y el creador obtiene al menos USD 1250 de compensación durante ese período. La principal protección establecida consiste en la obligación del creador de destinar parte de los ingresos generados a una cuenta fiduciaria constituida en beneficio del NNA, cuyos fondos estarán disponibles al alcanzar la mayoría de edad. Asimismo, el creador debe conservar registros sobre la participación del NNA, el contenido producido y los ingresos obtenidos, información que debe proporcionarse cuando sea solicitada. La ley también reconoce al NNA la legitimación para acudir ante los tribunales en caso de incumplimiento, pudiendo obtener daños reales o daños punitivos en contra de sus progenitores o quienes hayan producido el contenido[119].

5.3. España

España no tiene una norma específica que aborde el tema. No obstante, hay una amplia regulación normativa respecto a la protección de datos personales, derechos de privacidad, intimidad e imagen e intromisiones legítimas. Por ello existe una iniciativa presentada en noviembre de 2025 mediante una consulta pública en este país para crear un marco regulatorio específico sobre el

115 State of Minnesota, *Laws of Minnesota 2024, Chapter 103, H.F. No. 3488*, 15 de mayo de 2024.
116 Wong, "Social Media and Social Reform".
117 Ibid.
118 California Senate Bill No. 764, Chapter 611, Statutes of 2024, adding California Family Code articles 6650-6656. 26 de septiembre de 2024.
119 Id.

sharenting. El fin será regular el uso de imagen y de información personal de menores de edad, tanto si estos usos tienen finalidades comerciales o lucrativas como si encajan en los usos sociales de esta actividad[120].

Hasta el momento, España utiliza normas distintas para tratar la protección de la divulgación digital. La Ley 1/1982 del 5 de mayo contiene toda una serie de regulaciones sobre intromisiones ilegítimas en datos personales para temas publicitarios y comerciales. En esta, se regula además la validez del consentimiento otorgado por NNA cuando es contrario a su interés superior[121]. En este sistema, la protección de los derechos de privacidad de NNA se considera de interés público. Por ello, existe la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal, según la Instrucción 2/2006, cuando haya una conducta de exhibición digital causada por el mismo niño o sus familiares[122]. Por otra parte, también puede ser tratado como un asunto laboral infantil. En el Real Decreto 1435/1985 se dispone que, para que un NNA pueda ser empleado en el ámbito de espectáculos públicos, es necesaria la autorización de la autoridad laboral[123].

Herrera y Peñas concuerdan en que, para ejercer en el contexto comercial del *sharenting*, no sería suficiente el consentimiento parental y del NNA; en consecuencia, se debería exigir un procedimiento riguroso para obtener un permiso de la autoridad laboral[124]. Sin embargo, en contraposición a lo señalado por los autores, no debería permitirse la exposición parental digital lucrativa, a pesar de contar con autorizaciones de autoridades laborales, porque implicaría legalizar el trabajo infantil.

En los casos judiciales, por falta de regulación específica, los jueces españoles han adaptado normas para poder resolver los casos sobre exposición parental digital. En la sentencia STS 777/2021, el Tribunal de Casación español conoció una demanda presentada por un progenitor contra un diario por la difusión de fotografías de su hijo junto a su madre. El tribunal reafirmó que, a pesar de la existencia de la difusión, esta no es un elemento suficiente para justificar una intromisión en la vida privada[125].

La fotografía del caso era del niño en su fiesta de cumpleaños mientras soplaba unas velas. A criterio del tribunal, esta imagen no representaba una lesión ilegítima a la privacidad del niño, puesto que ocurría en un ambiente familiar pese a estar publicada en medios de comunicación. Es así como, para poder

120 Ministerio de Juventud e Infancia, "Rego anuncia una normativa para regular el *sharenting*: Vamos a proteger la identidad digital de los niños y las niñas", 28 de octubre de 2025, https://www.juventudeinfancia.gob.es/es/comunicacion/notas-prensa/rego-anuncia-normativa-regular-sharenting-vamos-proteger-identidad.

121 Artículos 3 y 8, Ley 1/1982, BOE n.º 114, 3 de junio de 1982.

122 Instrucción 2/2006, FIS-I-2006-00002, 15 de marzo de 2006.

123 Real Decreto 1435/1985, BOE 194 del 14 de agosto de 1985.

124 Ramón Herrera y Alba Peñas, *La privacidad de los menores de edad: Los derechos a la intimidad y a la propia imagen.*

125 Sentencia n.º STS 777/2021, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de noviembre de 2021.

interponer un límite a la actuación, es necesario que haya una afectación notoria al bienestar integral del niño[126].

La Sentencia n.º 00613/2023 de la Audiencia Provincial de Pontevedra amplía los conceptos jurisprudenciales y define que, para que exista una intromisión ilegítima, la información debe revelar un aspecto dentro de la vida privada e íntima del niño y, aunque no sea el caso, el contener algún mensaje relacionado con el aspecto privado sí es una intromisión ilegítima[127].

Además, en esta decisión, el tribunal fijó criterios para determinar una indemnización cuando hay intromisiones ilegítimas en cuestiones relacionadas con la exposición digital de NNA. Al respecto, establece los siguientes tres criterios:

> la difusión que haya tenido la publicación (en función del número de consultas o visitas realizadas o personas autorizadas para acceder a la página o al perfil en que se hallen alojados), la gravedad de la lesión producida en los derechos del menor, el quebranto y la angustia producida por el proceso seguido, y el beneficio o ganancia obtenida con la intromisión[128].

5.4. Francia

Francia es el primer país en emitir una normativa enfocada en proteger la privacidad y los datos personales de NNA ante la actuación de los padres. En 2024, se adoptó la LOI n.º 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants, en la que en los distintos artículos se añaden disposiciones concretas para regular los derechos de imagen de los hijos para las actividades de los padres, garantizando su derecho a la privacidad. En particular, esta ley introduce en el Código Civil francés una protección especial para la imagen del niño que utilizan los padres, reforzando su privacidad y reafirmando así que es parte del deber de cuidado parental[129].

Otra modificación es la inclusión de la participación del niño en las decisiones relacionadas con su presencia pública digital. En esta, se utiliza el criterio conjunto de la edad y el grado de madurez, reconociendo su autonomía progresiva para ejercer su derecho a la privacidad. Asimismo, ante el conflicto de los padres, atribuye la potestad para que el juez pueda prohibir a uno de los progenitores la utilización de contenido relacionado con datos personales del hijo sin la autorización del otro, implementando el requisito de la concurrencia de voluntades de los progenitores[130].

126 Id.
127 Sentencia Civil n.º 00613/2023, Audiencia Provincial de Pontevedra, 12 de diciembre de 2023.
128 Id., párr. 40.
129 Artículo 1, Ley Francesa 2024-120 [orientada a garantizar el respeto del derecho a la propia imagen de los menores de edad], JORF n.º 0042, 19 de febrero de 2024.
130 Id., artículo 3.

Sumado a esto, en el caso de que sean ambos padres quienes expongan digitalmente a sus hijos, y si se arriesga su dignidad o integridad moral, otros familiares o instituciones de servicios sociales podrían solicitar al juez la delegación de la representación del ejercicio del derecho a la imagen del niño afectado. Esta es una medida de protección importante ante situaciones de explotación digital donde se justifica limitar la patria potestad ante el exceso en el ejercicio[131].

De esta forma, el sistema francés es pionero en formular normativa expresa para custodiar el derecho a la privacidad y a la imagen con base en la actuación de los padres. Así, estas disposiciones permiten inspirarse para rediseñar las normativas de otras legislaciones e incluir la exposición digital parental como parte del ejercicio de la responsabilidad parental y establecer mecanismos jurídicos ante la vulneración.

5.5. Colombia

Al igual que en el caso español, Colombia no tiene una legislación especializada. No obstante, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado el concepto jurisprudencialmente. Acerca de la protección de datos personales, la Corte Colombiana ha utilizado las recomendaciones del Memorándum de Montevideo para orientar las decisiones judiciales sobre la protección de la información personal de NNA en plataformas digitales[132].

Específicamente, en la sentencia T-245a/22 la Corte Colombiana concluye que el *sharenting* es la sobreexposición de aspectos personales de la vida de los hijos en redes sociales. Esto posibilita riesgos como el ciberacoso, el *cyberbullying* y la suplantación de identidad de los niños. Por lo cual, supone que es un ejercicio extralimitado de la patria potestad, ya que los niños no pueden participar u opinar sobre su presencia en línea[133].

A criterio de la Corte, existe una "injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización"[134] de la imagen que afecta a un derecho personalísimo, en este caso, a la privacidad. Por lo cual, reafirma el criterio de que, a pesar de que los padres pueden tener la representación de los derechos de los hijos, no pueden utilizarlos arbitrariamente y para propósitos contrarios que perjudiquen al hijo. En el caso de la sentencia, la Corte recomendó que se debe considerar la opinión del niño por sobre los intereses de los padres[135]. Como medida de protección, la Corte resalta que para cualquier publicación se debe respetar la opinión de los niños para que prevalezca su voluntad.

131 Id., artículo 4.
132 Sentencia n.º T-260/12, Corte Constitucional de Colombia, 29 de marzo de 2012, p. 20.
133 Sentencia n.º T-245a/2022, Corte Constitucional de Colombia, 19 de diciembre de 2022, párr. 146.
134 Id., párr. 115.
135 Id., párr. 198.

Además, considera que un parámetro para identificar la sobreexposición es la cantidad de visualizaciones que puede tener la información personal y que, por ello, puede representar un riesgo cuando se trata de plataformas públicas de uso masivo como Facebook, Instagram, TikTok y YouTube.

6. Políticas de privacidad de niños, niñas y adolescentes en redes sociales

Las redes sociales constituyen un medio importante a través del cual se comparte la información personal de NNA. Son las principales herramientas que utilizan los padres para la creación y difusión de contenido. Por ello, resulta también importante analizar el rol que tienen las redes en la protección o desprotección de la privacidad.

Tabla 1. Políticas de privacidad de menores de edad en redes sociales

Red social	Edad mínima de uso	Tratamiento de información personal	Posibilidad de eliminar contenido	Consentimiento parental requerido	Medidas contra la exposición de NNA
Facebook	Mayores de 12 años	Utilización de información como edad, conexión con otros usuarios.	Mediante un reporte de privacidad. Para menores de 13, los padres pueden hacerlo. Para quienes tienen de 13 a 17 años, lo deben hacer por su cuenta.	Se requiere para la recopilación, uso y divulgación de la información del hijo.	Protección para cuentas administradas por adultos que muestran a menores de edad.
Instagram	Mínimo de 13 años sujeto a verificación con foto de identificación.	Información personal, preferencias, dirección IP, patrones de comportamiento.	Eliminación de datos que han sido recopilados sin consentimiento.	Control parental en cuentas adolescentes para menores de 16 años.	Cuentas privadas determinadas. Protección contra cuentas de adultos sospechosos.
YouTube	Mínimo 13 años para YouTube y menores de 13 años YouTube Kids.	Información personal, visualizaciones e interacciones con el contenido.	Los padres o tutores pueden solicitar la eliminación de los datos personales.	*Family Link* que permite que los padres otorguen consentimiento y supervisen la actividad.	Desactiva comentarios en contenido infantil. La plataforma prohíbe la monetización basada en datos personales de NNA.

Red social	Edad mínima de uso	Tratamiento de información personal	Posibilidad de eliminar contenido	Consentimiento parental requerido	Medidas contra la exposición de NNA
TikTok	Mayores de 13 años.	Información personal sobre el dispositivo de conexión, el contenido de videos visualizados.	Los padres pueden presentar una solicitud para que se elimine la información de los hijos.	*Family Pairing* que permite el acompañamiento digital parental para la cuenta de menores de edad.	Restricción de funciones de interacción con las cuentas de NNA.

Fuente: Elaboración propia a partir de las políticas de privacidad de Facebook[136], Instagram[137], YouTube[138] y TikTok[139].

Se podrá notar que las políticas de las redes sociales no ofrecen una regulación específica para examinar el contenido que comparten los padres sobre los hijos. De manera general, cada una contempla que es necesario que haya consentimiento del progenitor para que puedan formar parte de las comunidades digitales. Sin embargo, ninguna contiene mecanismos de protección de la información personal que comparten los padres directamente y del beneficio económico que obtienen de ello. Por lo cual, es posible concluir que existe un vacío regulatorio en las plataformas digitales sobre el uso de los datos personales de menores de edad por motivos comerciales o económicos, cuyos beneficiarios resultan los padres.

7. Propuesta de mecanismos de interpretación jurídica para casos de exposición digital en controversias judiciales sobre patria potestad en Ecuador

Como se ha advertido, Ecuador no tiene una legislación especializada en torno al *sharenting*. Adicionalmente, no existe un desarrollo jurisprudencial del tema. Para resolver casos judiciales en Ecuador sobre exposición parental digital lucrativa, existe un vacío normativo y jurisprudencial. Por lo cual, ante una controversia judicial donde se discuta la patria potestad, se debe realizar una interpretación sistemática de instrumentos internacionales, doctrina, principios y referencia análoga a decisiones judiciales extranjeras en casos similares[140].

136 Facebook, "Recursos de seguridad para padres". *Facebook*. https://www.facebook.com/help/1079477105456277?locale=es_ES.
137 Instagram, "Información sobre la configuración de seguridad y privacidad para adolescentes en Instagram", *Instagram*, https://help.instagram.com/3237561506542117/?helpref=related_articles.
138 YouTube, "Política de seguridad infantil", *YouTube*, https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=es-419.
139 TikTok, "Children´s Privacy Policy", *TikTok*, https://www.tiktok.com/legal/page/global/childrens-privacy-policy/en.
140 Granja, "Sharenting y derechos de la niñez en Ecuador".

No obstante, antes de acudir a la vía judicial, la vulneración de los derechos de NNA puede ser atendida a través de la vía administrativa, mediante una petición o denuncia ante las Juntas Cantonales o Metropolitanas de Protección de Derechos. En este sentido, los artículos 205 y 206 del CONA atribuyen a las Juntas Cantonales o Metropolitanas la competencia para conocer, de oficio o a petición de parte, las amenazas o vulneraciones de derechos y disponer las medidas administrativas de protección necesarias para prevenir o restituir los derechos afectados[141]. En consecuencia, frente a prácticas de exposición digital lucrativa que puedan afectar la dignidad, imagen, privacidad o integridad de un NNA, la intervención de estas autoridades constituye un mecanismo de tutela administrativa que no implica, por sí misma, una modificación del régimen de patria potestad.

Esta vía adquiere particular relevancia en aquellos casos en los que se pretenda garantizar el derecho a la eliminación de información personal difundida en entornos digitales, permitiendo solicitar la adopción de medidas orientadas al retiro o la eliminación del contenido publicado por los progenitores, cuando su permanencia vulnere derechos de NNA. De este modo, la tutela administrativa puede constituir una alternativa idónea para procurar la restitución de los derechos afectados sin que resulte necesario, en todos los casos, escalar inmediatamente el conflicto al ámbito judicial.

De este modo, la vía administrativa constituye un mecanismo idóneo para procurar el cese de la vulneración y la restitución de los derechos afectados, sin que ello implique necesariamente cuestionar el ejercicio de la patria potestad. No obstante, cuando la conducta de los progenitores trasciende una afectación puntual y evidencia un ejercicio abusivo o arbitrario de sus facultades parentales, adquiere relevancia la intervención de la autoridad judicial. En este escenario, la exposición parental digital lucrativa puede ser entendida como una posible extralimitación en el ejercicio de la patria potestad, en la medida en que la decisión de divulgar y monetizar aspectos de la vida privada de los hijos podría anteponer el beneficio económico de los progenitores a la protección diligente de derechos como la intimidad, la privacidad, la honra y la propia imagen de NNA.

Así, el ejercicio de la patria potestad no puede concebirse como una facultad irrestricta para decidir sobre la divulgación de la esfera personal de los hijos, particularmente cuando dicha divulgación genera un beneficio económico para quien ejerce la representación legal y puede ocasionar una afectación a los derechos de NNA. En consecuencia, cuando la conducta parental revista la gravedad suficiente y se configure alguno de los supuestos previstos por el ordenamiento jurídico, podría acudirse a la vía judicial para solicitar las

141 Artículos 205 y 206, CONA.

medidas correspondientes respecto del ejercicio de la patria potestad, incluida su limitación o privación, de conformidad con los presupuestos establecidos en el artículo 115 del CONA[142].

Este supuesto de hecho cabe en la causal sexta del artículo 113 del CONA. Por ello, la exposición parental digital lucrativa sí es causa suficiente para limitar o privar de la patria potestad a los progenitores. Ahora bien, como se ha determinado a lo largo del trabajo y tomando como inspiración el derecho comparado y la doctrina, para poder aplicar esta sanción, es necesario hacer una interpretación tomando en cuenta ciertos criterios que se proponen a continuación.

Primero, analizar los fines de la difusión de los datos personales. Si se determina que se realiza con propósitos personales o familiares, se puede presumir que no hay un derecho vulnerado. Para ello, se debe realizar el examen de ponderación establecido por la SPDP, para constatar la existencia de un interés legítimo basándose en la proporcionalidad y razonabilidad que justifiquen la exposición digital. Sin embargo, si es por motivos personales o familiares, no excluye que exista una intromisión ilegítima en la privacidad y esto va a depender del grado de exposición que se cause.

Segundo, realizar un estándar de gravedad, con base en el estándar del buen padre de familia, utilizado en responsabilidad civil, para analizar el nivel de afectación a la privacidad del niño. Se debe medir nivel de exposición, frecuencia de publicaciones, cantidad de público, número de visualizaciones, comentarios obtenidos y tipo de contenido, con especial énfasis en si se usa al niño para generar burla, denigración o si se arriesga su integridad moral o física.

Tercero, revisar el consentimiento de los progenitores. Debido a la corresponsabilidad parental, se debe explorar si existió la concurrencia de ambos en otorgar el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los hijos. También, el NNA debería poder ser escuchado sobre su opinión respecto a su presencia digital conforme a su edad y madurez y a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana.

Cuarto, determinar la existencia de un beneficio económico atribuible a los progenitores. Por ejemplo, compensaciones materiales o monetarias, pagos por publicidad, acuerdos de colaboración, entre otros beneficios económicos. De verificarse, esto implica que hay una desnaturalización de la patria potestad y, dependiendo de las circunstancias de la acción, una explotación económica infantil.

142 Artículo 115, CONA.

Al aplicar estos criterios, los jueces pueden concluir que hay un ejercicio ilegítimo en las responsabilidades parentales. Esta conducta resulta contraria al interés superior, vulnerando la privacidad y agravándose cuando se monetiza un derecho personal de los hijos. En consecuencia, los jueces pueden disponer la limitación o, en casos de afectación severamente grave, la privación de la patria potestad, según sea el grado de afectación al derecho de la privacidad y el incumplimiento del deber de cuidado hacia los hijos.

Adicionalmente, es necesario reforzar el sistema normativo de protección de datos personales de NNA. La SPDP debe establecer un lineamiento enfocado en proteger la exposición parental digital que incluya medidas reforzadas, con el fin de evitar usos arbitrarios de los datos personales, pese a la existencia del consentimiento parental, excluyendo los usos comerciales de la información personal de NNA.

8. Conclusiones

A lo largo del trabajo se han explorado las implicaciones que tiene la exposición parental digital lucrativa, principalmente en relación con la esfera privada, descubriendo que provoca intromisiones ilegítimas. En consecuencia, esta actividad está por fuera del alcance de los deberes de la patria potestad porque configura un incumplimiento en el deber de cuidado que tienen los padres para proteger la privacidad, honra e intimidad. Como se estableció, esta actividad no tiene una regulación normativa ni jurisprudencial específica, por lo que provoca una situación de indefensión para NNA.

Respecto a la pregunta de investigación, se concluye que la exposición parental digital lucrativa sí es un ejercicio ilegítimo de la patria potestad bajo el criterio de vulneración al derecho de privacidad y, por ende, puede ser limitada o privada mediante acciones legales como medidas de protección. Además, habilita presentar acciones de responsabilidad civil o penal, dependiendo del nivel de afectación o gravedad que se establece según el tipo y grado de exposición. El análisis evidencia que Ecuador carece de una regulación específica sobre el *sharenting* y, particularmente, sobre la exposición parental digital lucrativa, así como de un desarrollo jurisprudencial específico sobre esta problemática. En consecuencia, su tratamiento requiere una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución, el Código de la Niñez y Adolescencia, la normativa de protección de datos personales, los instrumentos internacionales, la doctrina y el derecho comparado.

Por lo cual, frente a una vulneración de derechos, la vía administrativa constituye un mecanismo previo e idóneo para solicitar medidas de protección y el retiro o la eliminación de contenidos digitales, a través de las Juntas Cantonales

o Metropolitanas de Protección de Derechos. Sin embargo, cuando la conducta parental evidencia una afectación grave y reiterada de los derechos de NNA, especialmente cuando existe un aprovechamiento económico de su imagen o información personal, puede adquirir relevancia la intervención judicial y la aplicación de las medidas previstas en el artículo 115 del CONA. Bajo esta perspectiva, la exposición parental digital lucrativa puede constituir una causal de limitación o privación de la patria potestad cuando, atendiendo a las circunstancias del caso, configure un ejercicio abusivo de las facultades parentales y una vulneración grave del interés superior y de los derechos de NNA.

Para determinar la gravedad de la conducta, se propone considerar cuatro criterios: la finalidad y proporcionalidad de la difusión; el nivel de afectación a la privacidad e integridad del NNA, atendiendo al alcance, frecuencia y naturaleza del contenido; la existencia y el alcance del consentimiento parental, junto con la participación del NNA conforme a su edad y madurez; y, finalmente, la existencia de un beneficio económico para los progenitores. La concurrencia de estos elementos permitirá determinar si la conducta constituye un ejercicio legítimo de la patria potestad o una extralimitación que pueda llegar a configurar explotación económica y justificar una intervención judicial.

Finalmente, resulta necesario fortalecer el marco ecuatoriano mediante lineamientos específicos de la Superintendencia de Protección de Datos Personales sobre el tratamiento de datos de NNA en contextos de *sharenting*, particularmente cuando exista una finalidad comercial. Asimismo, una regulación o guía especializada permitiría establecer criterios uniformes para ponderar el consentimiento parental, la autonomía progresiva, el interés superior y los derechos a la privacidad, imagen y protección de datos. De esta manera, se podría avanzar hacia un sistema de protección que establezca límites claros frente a la monetización de la identidad digital de NNA.


ROBALINO
Firma líder en soluciones legales y consultoría estratégica en Ecuador.
Presencia nacional, proyección internacional, con un equipo de abogados y consultores de excelencia.
Innovación, integridad y visión empresarial: somos socios estratégicos en el crecimiento de nuestros clientes.
Quito · Guayaquil · Cuenca · Manta · Machala


S&
Co.
Santamaría
Abogados
"Convertimos los conceptos en
soluciones eficaces."
www.syco-abogados.com
+593 997984326
Santamaría Abogados
Tributaristas
Santamaria Abogados
@santamaria.abogados
@sycoabogados

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

Nuestros resultados son producto de la experiencia, integridad, preparación y creatividad.



CW&A

Av. de los Shyris N33-134 y República del Salvador. Edificio Libertador, piso 14.
Telf: (593 2) 382 4613 / 382 4653 /382 4693 /382 4694

www.cywlegal.com

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

La carga de mitigación del daño en las obligaciones de medios: conocimiento del incumplimiento y posibilidad de actuación del acreedor

The Burden to Mitigate Damages in Obligations of Means: Knowledge of the Breach and the Creditor's Possibility to Act

Lelia Medina Rodríguez*

Recibido / Received: 21/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4390

Citación:
Medina Rodríguez, Lelia. "La carga de mitigación del daño en las obligaciones de medios: conocimiento del incumplimiento y posibilidad de actuación del acreedor". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4390.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: domedina.1233@gmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0004-2049-6178.

Resumen
Este trabajo desarrolla, inicialmente, la carga de mitigación de daños en el marco de la responsabilidad contractual y determina que, aunque el Código Civil ecuatoriano no la regula de manera expresa como una regla autónoma, esta puede sostenerse a partir de los principios de buena fe, razonabilidad y delimitación del daño indemnizable. De este reconocimiento se desprende que el acreedor, una vez producido el incumplimiento, no puede permanecer pasivo frente a perjuicios que razonablemente pudieron ser evitados o reducidos. De ahí que, al tratarse de una carga y no de una obligación, su inobservancia no genera una sanción directa ni permite exigir su cumplimiento, sino que incide en la cuantificación de la indemnización. Así, si el acreedor omite adoptar medidas razonables para evitar la agravación del daño, el deudor podrá solicitar que se reduzca la reparación en la medida en que el perjuicio pudo haberse mitigado. Por lo tanto, en las obligaciones de medios, donde el incumplimiento no se identifica con la falta de obtención de un resultado, sino con la negligencia del deudor, la carga de mitigación no nace automáticamente con la producción del daño. Esta surge cuando el acreedor conoce o razonablemente puede conocer la conducta negligente del deudor y se encuentra en condiciones reales de actuar. Especialmente si se considera que la buena fe objetiva exige una conducta leal y razonable de ambas partes durante la ejecución del contrato, sin imponer al acreedor sacrificios desproporcionados ni trasladarle indebidamente los riesgos propios del incumplimiento.

Palabras clave
Mitigación del daño; obligaciones de medios; buena fe objetiva; responsabilidad contractual; indemnización

Abstract
This paper initially develops the burden to mitigate damages within the framework of contractual liability and establishes that, although the Ecuadorian Civil Code does not expressly regulate it as an autonomous rule, it may be supported by the principles of good faith, reasonableness and the proper delimitation of compensable damage. This recognition entails that, once a breach has occurred, the creditor cannot remain passive when facing damages that could reasonably have been avoided or mitigated.
Thus, given that it is a burden rather than an obligation, its non-compliance does not result in a direct penalty, nor does it allow for enforcement; rather, it affects the quantification of damages. Thus, if the creditor fails to take reasonable measures to prevent the damage from worsening, the debtor may request that the damages be reduced to the extent that the harm could have been mitigated.
Consequently, in obligations of means —where a breach is not defined by the failure to achieve a result but rather by the debtor's negligence—the burden to mitigate does not arise automatically upon the mere occurrence of damage. It arises when the

creditor knows or could reasonably know of the debtor's negligent conduct and is in a real position to act. This is especially relevant if one considers that objective good faith requires loyal and reasonable conduct from both parties during the performance of the contract, without imposing disproportionate sacrifices on the creditor or improperly transferring to them the risks arising from the debtor's breach.

Keywords
Mitigation of damages; obligations of means; objective good faith; contractual liability; compensation

1. Introducción

En un supuesto de incumplimiento contractual surge la posibilidad de que el acreedor solicite la indemnización de daños y perjuicios como uno de los remedios previstos frente a la inejecución de las obligaciones, siempre que el deudor no logre justificar su conducta mediante alguna causal de exoneración de responsabilidad. En este contexto, la reparación del daño adquiere especial relevancia dentro del derecho contractual, no solo por su función resarcitoria, sino también por los límites y las cargas que se imponen a las partes una vez producido el incumplimiento. Así, junto con el derecho del acreedor a exigir una compensación por los perjuicios sufridos, surge también una conducta de este último en adoptar medidas razonables destinadas a evitar que el daño se agrave o se extienda prescindiblemente.

Esta conducta responde a criterios de buena fe y razonabilidad en la ejecución de las relaciones contractuales, pues no resulta admisible que el acreedor permanezca pasivo frente a la producción de perjuicios que pudieron ser evitados o reducidos mediante actuaciones diligentes. En consecuencia, el ordenamiento jurídico contemporáneo reconoce que la víctima del incumplimiento no solo tiene derechos, sino también determinadas cargas orientadas a disminuir las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento contractual. A esta figura se la conoce como *c*arga de mitigación de daños.

Es necesario hacer énfasis en el hecho de que se trata de una carga, puesto que esto implica efectos distintos a lo que están previstos para los deberes y las obligaciones. Una carga es una conducta facultativa alineada al propio interés de quien la realiza, toda vez que no puede ser exigible por terceros. Su inobservancia no conlleva una sanción ni habilita una acción de cumplimiento o de resarcimiento en favor de la contraparte, sino únicamente la pérdida de una ventaja para quien debía observarla. Tal como concluye Lilian San Martín:

> la existencia de una carga implica que la parte gravada es libre para llevarla a cabo, en el sentido que la contraparte no podrá […] exigir la ejecución del comportamiento establecido por la carga, ni tampoco podrá solicitar el resarcimiento de los eventuales perjuicios que la inercia de su cocontratante le acarreen[1].

Mientras que, en el caso de las obligaciones y los deberes, estos sí son exigibles: en las obligaciones, por la parte que sufrió la falta de cumplimiento y, en el caso de los deberes, por mandato legal. De igual forma, en el caso de

1 Lilian San Martín Neira, "Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación: La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 225-226 (2009): 300, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123 43662011000200013&script=sci_arttext#nu134.

no cumplirlos, existirá una sanción como consecuencia. Por ello, la principal diferencia es que, en las cargas, su inobservancia solo afecta el interés de quien decide no cumplirlas.

Conviene advertir desde ya que ninguna de las dos categorías centrales de este trabajo cuenta con reconocimiento expreso en el Código Civil ecuatoriano. Ni la carga de mitigación del daño ni la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado han sido positivizadas como reglas autónomas. Sin embargo, ello no ha impedido que ambas se encuentren ampliamente reconocidas por la doctrina y por la jurisprudencia, ni que operen en la práctica contractual, pues una y otra se sostienen a partir de los principios generales que informan el sistema de responsabilidad, particularmente la buena fe y la razonabilidad. La ausencia de una disposición expresa no obsta, por tanto, a su aplicación, únicamente obliga a justificar su fundamento dentro del ordenamiento, tarea que se emprende a lo largo de este trabajo.

En lo que respecta a la mitigación del daño, esta debe entenderse como una carga, donde el afectado debe adoptar una conducta razonable para proteger su propio interés. En este sentido, no constituye una obligación exigible por la otra parte, sino un comportamiento cuya falta de cumplimiento únicamente puede generar consecuencias desfavorables para quien debía observarla. La carga de mitigación de daños encuentra reconocimiento expreso en el artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG), que establece que:

> La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida[2].

Con ello se comprende que, una vez que haya tenido lugar el incumplimiento, el acreedor tiene la carga de alivianar el daño mediante la adopción de medidas que dentro de su esfera de acción fueren razonables para evitar el incremento del marco dañoso. No se trata de una imposición en la que el acreedor asume sacrificios excesivos o desproporcionados, sino de observar una conducta diligente y acorde al principio de buena fe que rige las relaciones contractuales. En este sentido, la mitigación de daños supone que la parte perjudicada no puede permanecer pasiva frente a las consecuencias del incumplimiento cuando se encuentra en posibilidad de reducirlas mediante actuaciones razonables.

2 Artículo 77, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CISG], Viena, 11 de abril de 1980.

La CISG no se limita únicamente a reconocer esta carga, sino que también establece los efectos que derivan de su inobservancia. Así, cuando el acreedor omite adoptar medidas razonables para disminuir los perjuicios sufridos, la indemnización puede verse reducida en la cuantía correspondiente a aquellos daños que pudieron evitarse. En otras palabras, el ordenamiento no traslada al deudor la obligación de responder por perjuicios cuya extensión pudo haber sido razonablemente impedida por el propio acreedor mediante una actuación diligente. En consecuencia, conviene precisar cuáles son los efectos jurídicos que se siguen de la inobservancia de la carga. El deudor no puede exigir judicialmente que el acreedor mitigue, ni reclamarle indemnización por no haberlo hecho, ni invocar esa omisión como causal de exoneración de su propia responsabilidad. El único efecto es la reducción del daño indemnizable en la cuantía en que el perjuicio pudo razonablemente evitarse. La inobservancia, por tanto, no se sanciona, simplemente priva al acreedor de una porción de la reparación que de otro modo habría podido obtener.

La doctrina chilena se ha pronunciado sobre el fundamento en esta solución, en razones de equilibrio y justicia contractual. Álvaro Vidal sostiene que, si se prescindiera de la carga de mitigación, se terminaría sancionando indirectamente al deudor, pues bastaría el incumplimiento contractual para imponerle el pago íntegro de los daños, incluso respecto de aquellos que el acreedor pudo evitar razonablemente[3]. Desde esta perspectiva, la mitigación de daños opera como un límite a la indemnización, evitando que el acreedor obtenga una reparación por perjuicios que derivan no solo del incumplimiento, sino también de su propia inactividad frente al daño.

Es por ello que la carga de mitigar para el acreedor comienza a partir del incumplimiento contractual. Esto es relativamente más sencillo de determinar en las obligaciones de resultado, siendo estas aquellas en las que el deudor no solo se compromete a garantizar, a favor del acreedor, la consecución de un objetivo específico y determinado. Un ejemplo característico de este tipo de obligaciones es el contrato de compraventa, en el cual una parte se obligó a la realización del pago mientras que la otra se obligó a la entrega del objeto en un lugar y tiempo específico. En este sentido, las partes acuerdan los términos que deben ser cumplidos y deben cumplir lo expresamente pactado. En las obligaciones de resultado, tal como lo indica Martínez Simón:

> […] el deudor debía conseguir un efecto concreto en provecho de la otra parte y no le basta demostrar su conducta diligente para exonerarse de la falta de cumplimiento, sino que debe demostrar la imposibilidad de pago mediante el advenimiento de una de las eximentes que justifiquen la falta de prestación [...], si la obligación fuere de resultado, el

3 Álvaro Vidal, "La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento", *Revista Crítica de Derecho Privado,* n.º 6, (2009): 435, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722012000200002.

> factor de atribución de responsabilidad será objetivo, pues se prescindirá de la culpa y del dolo[4].

Las obligaciones de resultado contienen la responsabilidad de cumplir y realizar de manera correcta lo estipulado[5]. Con ello queda claro que, en el caso de que el deudor no asegure el fin específico, se entiende inmediatamente incumplida la obligación contractual y comienza la carga del acreedor de mitigar los daños; esto es aplicar medidas sensatas para llegar a reducir posibles pérdidas o empeorar la situación.

Parece que, *contrario sensu*, en las obligaciones de medios no es tan preciso establecer que la carga de mitigación aparece siempre junto al incumplimiento. Las obligaciones de medios son aquellas en las que el deudor no se compromete a garantizar un resultado específico, sino a actuar con la diligencia debida durante la ejecución de la prestación. Si bien el Código Civil ecuatoriano no establece expresamente una clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, la doctrina ha desarrollado ampliamente esta distinción y sus consecuencias jurídicas. En este sentido, Carlos Pizarro señala que, en las obligaciones de medios:

> al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado; el deudor debe ser diligente en el intento por lograr dicho resultado o pretensión a favor del acreedor[6].

Se evidencian ciertas obligaciones que, por su naturaleza, suelen presumirse como obligaciones de medios, particularmente aquellas relacionadas con la prestación de servicios. No obstante, dicha presunción puede desvirtuarse a partir de lo pactado contractualmente, ya que la determinación de si una obligación es de medios o de resultado dependerá, en última instancia, del alcance del compromiso asumido por las partes y de si existió o no una promesa respecto de un resultado concreto.

Por este motivo, la determinación de la carga de mitigación del daño en las obligaciones de medios no resulta tan clara como en las obligaciones de resultado, debido a la propia naturaleza de la prestación. Mientras que en las obligaciones de resultado el incumplimiento puede advertirse a partir de la falta de obtención del resultado debido, en las obligaciones de medios el

4 Alberto Martinez, "De las obligaciones de medio y de resultado", *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República Uruguay*, n.º 7. (s. f.): 7, https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-J-Martinez-Simon-Obligaciones.pdf.

5 Llambías, Jorge Joaquín, Patricio Raffo Benegas, y Rafael A. Sassot. *Manual de derecho civil: obligaciones* (Buenos Aires: Perrot, 1997), 70, https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-J-Martinez-Simon-Obligaciones.pdf.

6 Carlos Pizarro, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31, n.º 2 (2008): 257, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200005.

acreedor no espera necesariamente un resultado específico, sino una conducta diligente orientada a alcanzarlo. Surge entonces una cuestión relevante: ¿desde qué momento el acreedor puede empezar a realizar una conducta mitigadora, cuando el incumplimiento se determina por la valoración de una posible negligencia del deudor?

La dificultad radica en que, en esta categoría de obligaciones, el incumplimiento no deriva necesariamente de la insatisfacción del interés del acreedor, sino de la falta de diligencia del deudor en la ejecución de la prestación. Por tanto, la carga de mitigación en estas obligaciones no debería operar desde la negligencia en *lato sensu*, sino desde el momento en que el acreedor conoce o razonablemente podía advertir la conducta negligente del deudor. Antes de ello, exigir medidas de mitigación supondría trasladar al acreedor los riesgos propios de una obligación en la que no existe garantía de resultado.

A partir de esta premisa, el presente ensayo sostiene que, en las obligaciones de medios, la carga de mitigación busca que el acreedor adopte medidas razonables para evitar la agravación del daño únicamente desde el momento en que conoce o razonablemente puede conocer el incumplimiento negligente del deudor. Para sostener esta tesis, se argumenta, en primer lugar, que en las obligaciones de medios el incumplimiento no se configura por la falta de obtención de un resultado, sino por la negligencia del deudor en la ejecución de la prestación. En segundo lugar, se demuestra que, precisamente por ello, la carga de mitigación no puede nacer con la sola producción del daño, sino desde que el acreedor se encuentra en posibilidad razonable de advertir dicha negligencia. En tercer lugar, se sostiene que esta carga encuentra fundamento en la buena fe, la razonabilidad y la prohibición de obtener una indemnización por daños que pudieron ser evitados. En cuarto lugar, se explica que la mitigación no puede imponer al acreedor sacrificios desproporcionados, riesgos excesivos ni actuaciones que excedan su esfera real de control. Finalmente, se defiende que esta figura puede aplicarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una consecuencia de la buena fe contractual y de la adecuada delimitación del daño indemnizable, siempre que su aplicación respete la naturaleza particular de las obligaciones de medios.

Conviene precisar cuál es el aporte específico de esta investigación frente al estado del arte. La doctrina que se ha ocupado de la mitigación del daño, construida en buena medida a partir del artículo 77 de la CISG y de los instrumentos de derecho contractual uniforme, ha desarrollado con detalle su naturaleza de carga, su fundamento en la buena fe y el criterio de razonabilidad que delimita las medidas esperables del acreedor. Sin embargo, ese desarrollo se ha elaborado sobre el modelo del incumplimiento de obligaciones de resultado, en el que la inejecución resulta inmediatamente perceptible y el momento de nacimiento de la carga no plantea mayor discusión. Por su

parte, los estudios sobre obligaciones de medios se han concentrado en la culpa como elemento constitutivo del incumplimiento y en la distribución de la carga probatoria, sin extraer consecuencias respecto de la conducta posterior que corresponde al acreedor. Este trabajo se sitúa en la intersección de ambas discusiones y propone un criterio que no ha sido formulado de manera autónoma: que en las obligaciones de medios el surgimiento de la carga de mitigación no coincide con la configuración objetiva del incumplimiento, sino que depende del conocimiento razonable de la negligencia del deudor y de la posibilidad efectiva y proporcional de actuación del acreedor. A ello se suma el examen de la viabilidad de esta construcción en el ordenamiento ecuatoriano, cuestión sobre la que no existe un desarrollo específico.

2. Desarrollo

2.1. Negligencia del deudor como incumplimiento contractual

Conforme a lo expuesto, en las obligaciones de medios, el deudor no se obliga a garantizar un resultado determinado, sino únicamente a actuar con la diligencia debida durante la ejecución de la prestación. En consecuencia, el incumplimiento de este tipo de obligaciones se configura desde el momento en que el deudor deja de actuar conforme al estándar de diligencia exigible, para ello, es importante e definir qué implica el concepto de diligencia. En términos generales, la diligencia puede entenderse como la utilización adecuada de los medios y esfuerzos necesarios para alcanzar un fin determinado. Sin embargo, como precisa Palacios Martínez, en las obligaciones de medios la diligencia no es la obtención efectiva del resultado esperado, sino la conducta y el esfuerzo razonable del deudor frente a los obstáculos que se presentan durante la ejecución de la prestación[7].

En otras palabras, el deudor queda obligado a "la diligencia de un buen padre de familia en los contratos bilaterales"[8]. En la doctrina moderna, se entiende este concepto como el comportamiento que observaría un tercero razonable en las mismas circunstancias objetivamente consideradas. Así, en las obligaciones de medios, se configura el incumplimiento una vez que el deudor es negligente en la ejecución de su prestación, apartándose del estándar de conducta exigible a un tercero razonable.

7 Eric Palacios Martínez, "La diligencia y la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones", *Themis Revista de Derecho*, n.º 35 (1997): 241, https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_035.pdf.

8 Carlos Pizarro, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31, n.º 2 (2008): 257, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200005.

Aquella contextualización no es irrelevante, puesto que permite diferenciar de forma precisa cuándo se da el incumplimiento en las obligaciones de medios, el daño que genera tal incumplimiento y la carga de mitigación que debe observar el acreedor. Es importante destacar que no debe confundirse la carga de mitigar con la culpa en la que incurre el deudor. El acreedor tiene derecho a reclamar una indemnización cuando la negligencia del deudor le ocasiona un daño. Y es sobre aquel conocimiento del daño o posibilidad razonable de la existencia de un daño que el acreedor debe tomar las medidas necesarias para no agravar su situación y, con ello, evitar la reducción del monto que se pretende solicitar.

2.2. Fundamento de la carga de mitigación

2.2.1. Buena fe contractual

La buena fe es un principio que informa a la teoría de los negocios jurídicos, exigiendo a las partes contractuales actuar con lealtad en la fase preparatoria y de ejecución de los contratos, siendo esta última fase en donde se encuentra la carga de mitigar. El Código Civil ecuatoriano contempla este principio en su artículo 1562, el cual dispone que:

> [l]os contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella[9].

Asimismo, Rodríguez Grez sostiene que este principio implica un deber de actuar con corrección, lealtad y sinceridad, manteniendo una conducta ajustada al cumplimiento de las obligaciones, la moral, la ley, el orden público y las buenas costumbres[10]. Para una mejor comprensión de este principio, es necesario enfatizar que la buena fe tiene dos vertientes: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Siguiendo esta línea, la primera responde al hecho de que la parte está internamente consciente de que su proceder es correcto. En cambio, la buena fe objetiva comprende una definición más compleja, porque no responde a la intención o fuero interno de los contratantes, sino a "la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia"[11].

9 Artículo 1562, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 del 26 de noviembre de 2025.

10 Pablo Rodríguez Grez, *La obligación como deber de conducta típica: La teoría de la imprevisión* (Santiago de Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1992), 167.

11 Martha Neme, *Buena fe subjetiva y objetiva: Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 51. http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/MarthaNeme.pdf.

Para efectos de este ensayo, la vertiente objetiva de la buena fe, entendida como un estándar de conducta, es la que debe observarse al analizar la carga de mitigación del acreedor. Comprender este principio resulta fundamental, puesto que la carga de mitigación constituye una de las manifestaciones de la buena fe. Oyaneder menciona que la necesidad de observar el estándar de conducta de la buena fe no es exigible únicamente al deudor, sino también al acreedor[12].

Sin embargo, es necesario realizar una precisión sobre aquella premisa cuando hablamos de la carga de mitigar. Si bien es cierto que, especialmente en las obligaciones de medios, al deudor sí le es exigible actuar conforme un tercero razonable en las mismas circunstancias; en el caso de la carga de mitigación del acreedor la situación es distinta ya que esta, al ser una carga, no contiene un elemento de exigibilidad. Es por ello que la reducción en la indemnización que solicita el acreedor se fundamenta definitivamente en la buena fe contractual. Un acreedor que solicita la totalidad de la indemnización, cuando agravó la situación de su daño estando en la capacidad de evitarlo o reducirlo, estaría actuando de mala fe y sin la carga de mitigación esto acarrearía comportamientos oportunistas contrarios a este principio y el ordenamiento jurídico.

2.2.2. Razonabilidad

Asimismo, dentro de esta mitigación de los daños, la víctima debe adoptar precauciones razonables, tanto moderadas como prudentes para llegar a atenuar los infortunios.

> El hecho de ser víctima no implica, en absoluto, que su postura frente a la producción del daño deba ser pasiva. En su lugar, y como una verdadera expresión del principio constitucional de la buena fe, la víctima se encuentra llamada a buscar la evitación del daño cuando este es inminente o, en su defecto, propender por su mitigación, cuando el mismo ya ha acontecido[13].

Si bien la víctima tiene derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, dicho derecho no la releva de la carga de adoptar medidas razonables para evitar o reducir la agravación de los daños. Ayala resalta que la carga de mitigación de los daños supone disminuir o aplacar los resultados dañosos, comportamiento que corresponde a la víctima, quien no puede mantenerse en un estado indiferente y pasivo frente a las acciones

12 Patricio Oyaneder, "Comportamiento contractual de buena fe: ¿Impone la buena fe deberes de conducta?", *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 10 (2004): 287, https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-10-P287.pdf.

13 Adriana Sales, y Santiago Chaux, "Aplicación del principio de la razonabilidad al deber jurídico de evitación y mitigación del daño, acompañado de un breve estudio de estos conceptos, en el contrato de seguro colombiano", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 63 (2025): 14, https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris63.aprd.

razonables que podría realizar para mitigar el daño[14]. Sin embargo, esta mitigación no debe colocar a la víctima en una situación de exigencia excesiva, sino que debe ser de manera razonable y proporcional.

Extremera indica que hay algunas medidas mitigadoras razonables comunes como la del reemplazo, muy utilizada en tribunales anglosajones y estadounidenses, que indica que —en el caso de que haya un daño derivado del incumplimiento— el afectado debe realizar un negocio de reemplazo si tiene la posibilidad de hacerlo[15]. En el caso de que existan varias medidas de mitigación razonables, el acreedor debe optar por aplicar la medida de mitigación que más le convenga y el deudor no podrá exigirle que opte por alguna otra medida específica. Para mitigar, se debe tomar en cuenta su situación, por lo que no se deben implementar medidas que sean demasiado costosas o exigentes. Hay ciertos límites de razonabilidad, por ejemplo, la víctima no debe adoptar medidas mitigadoras que afecten su condición financiera, supongan un desprestigio comercial, excedan el curso ordinario de los negocios, ni someterse a situaciones arriesgadas con el objeto de llegar a mitigar el daño.

Es importante destacar una aclaración realizada por la autora, la cual indica que, si la parte perjudicada adoptó las medidas necesarias para llegar a mitigar más daños y de todas formas la reducción de los daños no fue posible, el costo incurrido en las medidas será incrementado dentro de la indemnización.

2.2.3. Evitación del enriquecimiento injustificado

En la doctrina chilena, dentro del contexto de la carga de mitigar los daños por parte de la víctima, no puede ni debe ocurrir un enriquecimiento injustificado. Se debe evitar que el incumplimiento de un contrato se convierta en una transacción o una fuente de lucro para el acreedor. El enriquecimiento injustificado responde al principio que impide que una persona obtenga o retenga una ventaja patrimonial a expensas de otra sin una causa jurídica que lo justifique. Desde una concepción tradicional, su configuración exige la existencia de un enriquecimiento, un empobrecimiento, la correlatividad entre ambos y la ausencia de una causa jurídica que justifique la retención. El enriquecimiento puede manifestarse, además, no solo mediante un aumento patrimonial, sino también mediante la evitación de una disminución del patrimonio[16]. En este sentido, el enriquecimiento injustificado se refiere a aprovechar el incumplimiento ajeno para llegar a obtener un beneficio extra

14 Doménica Ayala, "Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: Perspectiva y aplicación por los tribunales arbitrales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 14, (2024): 104, https://doi.org/10.18272/rea.i14.3177.

15 Beatriz Extremera, "La carga de mitigar el daño", tesis doctoral Universidad de Alicante (noviembre de 2021), 71, https://hdl.handle.net/10045/142348.

16 Sebastián Campos, "Bases para un derecho chileno del enriquecimiento injustificado: Hacia el abandono de un enfoque unitario", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 40 (julio 2023): 210-211, 230, https://doi.org/10.32995/S0718-80722023698.

similar a una compensación económica que exceda el daño que el deudor realmente causó.

Es necesario recordar que, al indemnizar a la víctima, se la quiere dejar en el estado anterior a que ocurra el daño, esto no significa dejarlo en una mejor posición de la que se encontraba antes. Por esta razón, si un acreedor no mitiga los daños y permite que estos sigan aumentando cuando pudo haberlos evitado para luego demandar una mayor indemnización, sería un abuso contrario a la buena fe. En tal caso, lo que el acreedor perseguiría no sería una indemnización por el incumplimiento, sino un beneficio adicional derivado de su propio descuido.

2.3. Momento en que nace la carga

En las obligaciones de medios, no resulta correcto afirmar que la carga de mitigación nace desde la celebración del contrato. En ese momento no existe aún incumplimiento alguno, sino únicamente una expectativa legítima de que el deudor actuará conforme a la diligencia debida. Adelantar el nacimiento de la carga a esta etapa implicaría exigir al acreedor una conducta reactiva frente a un incumplimiento que todavía no se ha configurado, lo que desnaturaliza su función dentro del sistema de responsabilidad.

Tampoco puede sostenerse que la carga surja con la sola producción del daño. En las obligaciones de medios el perjuicio puede manifestarse sin que sea posible determinar de inmediato si este es consecuencia de una conducta negligente del deudor o si, por el contrario, responde a los riesgos propios de una prestación en la que no se garantiza un resultado. Tal como menciona Rozo Sordini, existen casos en los que, en el transcurrir de la prestación, se genere un daño por una inacción del deudor. No obstante, el deudor puede estar exonerado en las obligaciones de medios toda vez que le resultó "imposible la específica actividad que constituye el contenido de la prestación"[17]. De este modo, vincular el inicio de la carga al simple daño implicaría trasladar al acreedor la carga de reaccionar frente a una situación cuya causa jurídica aún no se encuentra definida.

Un ejemplo hipotético permite ilustrar con mayor claridad esta distinción. Piénsese en el caso de un médico que, en el marco de una intervención quirúrgica, no adopta todas las medidas necesarias conforme a la *lex artis*, lo que deriva en una complicación posoperatoria. El daño, esto es, el deterioro en la salud del paciente, puede hacerse evidente de manera inmediata; sin embargo, ello no implica por sí solo que exista incumplimiento. Este solo

17 Paolo Rozo, "Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 4 (1998): 141.

se configura en la medida en que pueda establecerse que el médico actuó de forma negligente, es decir, que no desplegó la diligencia exigible en atención a las circunstancias del caso. A partir de ese momento, y no antes, puede sostenerse que el paciente (acreedor) se encuentra en condiciones de asumir una conducta mitigadora. Así, una vez que advierte o puede razonablemente advertir dicha negligencia, su carga consistirá, por ejemplo, en acudir oportunamente a otro profesional, seguir tratamientos alternativos o evitar conductas que agraven su estado de salud.

Una lógica similar puede observarse en el ámbito del ejercicio profesional del abogado, quien generalmente contrae obligaciones de medios. Supóngase que un cliente encarga la presentación de un escrito dentro de un plazo procesal determinado y el abogado, por falta de diligencia, deja transcurrir dicho término. En este caso, el incumplimiento no radica en la pérdida del proceso como tal, sino en la conducta negligente consistente en no haber actuado dentro del plazo exigido. Si, a partir de ese momento, el cliente advierte o puede razonablemente advertir dicha omisión, se activa para él la carga de mitigar el daño. Ello podría traducirse, por ejemplo, en la contratación inmediata de otro abogado que intente reconducir la estrategia procesal, presentar recursos disponibles o evitar mayores perjuicios. En este contexto, no resultaría acorde con la buena fe que el acreedor permanezca pasivo y, posteriormente, pretenda imputar al deudor la totalidad del daño derivado de la pérdida del proceso, cuando razonablemente pudo haber adoptado medidas para evitar o al menos reducir sus consecuencias.

Por ello, la carga de mitigación debería situarse en un momento posterior, esto es, cuando el acreedor conoce o puede razonablemente conocer el incumplimiento del deudor y, además, se encuentra en condiciones de actuar para evitar la agravación del daño. El conocimiento, en este sentido, no se identifica con una certeza absoluta, sino que comprende también aquellos supuestos en los que, atendidas las circunstancias del caso, el acreedor se encuentra en posición de advertir la falta de diligencia del deudor. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo, en virtud del cual se evalúa si una persona razonable, situada en las mismas condiciones, habría podido identificar indicios suficientes de una actuación negligente.

A ello debe añadirse que no basta con la posibilidad de advertir el incumplimiento, sino que es necesario que el acreedor cuente con una posibilidad real de actuar. Esto supone que las medidas de mitigación no solo sean teóricamente concebibles, sino también materialmente posibles en atención a las circunstancias. En consecuencia, quedan excluidos aquellos supuestos en los que la actuación del acreedor exigiría sacrificios desproporcionados, la asunción de riesgos que no le corresponden o la adopción de conductas que escapan de su esfera de control.

En definitiva, en las obligaciones de medios la carga de mitigación no nace ni con la celebración del contrato ni con la mera producción del daño, sino en el momento en que el acreedor, conforme a un estándar de razonabilidad, puede identificar la conducta negligente del deudor y dispone de una posibilidad efectiva de actuar frente a ella. Antes de ese punto, exigirle una conducta mitigadora implicaría desvirtuar los límites de la institución.

2.4. Límites de la carga de mitigación

Como se mencionó anteriormente, la carga de mitigación en las obligaciones de medios encuentra su "concretización del principio de buena fe"[18] y, "en su intento de evitar […] daños causados por el incumplimiento de su deudor, se profundiza en el funcionamiento de la razonabilidad y la prudencia"[19]. Sin embargo, precisamente por derivar de dichos principios, esta carga no puede interpretarse de manera ilimitada ni convertirse en una exigencia excesiva para el acreedor. La víctima del incumplimiento debe adoptar medidas prudentes para evitar la agravación del daño, pero únicamente dentro de aquello que resulte razonable, proporcional y objetivamente posible según las circunstancias del caso concreto.

Este límite adquiere especial importancia en las obligaciones de medios debido a la propia naturaleza de la prestación. En este tipo de obligaciones el deudor no garantiza un resultado determinado, sino únicamente una conducta diligente orientada a alcanzarlo. Por ello, el acreedor ya asume desde el inicio cierto margen de incertidumbre respecto de la obtención del resultado esperado. En consecuencia, no sería jurídicamente coherente que, además de soportar aquella incertidumbre propia de la obligación, se le imponga posteriormente la carga de asumir sacrificios extraordinarios para reducir las consecuencias derivadas de la negligencia del deudor.

En este sentido, el artículo 77 de la CISG establece que la parte afectada deberá adoptar únicamente aquellas medidas que sean razonables para reducir la pérdida[20]. La razonabilidad opera entonces como un criterio limitador de la conducta exigible al acreedor. La mitigación no supone que la víctima deba eliminar completamente el daño ni reemplazar la conducta que correspondía ejecutar diligentemente al deudor. Lo que se exige es, únicamente, evitar la agravación innecesaria del perjuicio cuando existan medidas prudentes y accesibles para hacerlo.

18 Daniel Ugarte. "El deber del acreedor de evitar y mitigar el daño como límite del quantum indemnizatorio en el régimen peruano de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual", Tesis doctoral, *Universidad de Zaragoza*, (2023), 14.
19 Ibid., 195.
20 Artículo 77, CISG.

Por ello, el acreedor no se encuentra obligado a asumir riesgos excesivos, comprometer de manera desproporcionada su situación económica o ejecutar actuaciones extraordinarias con el propósito de disminuir el daño. En las obligaciones de medios esto resulta particularmente relevante, ya que, muchas veces, la mitigación podría implicar acudir inmediatamente a nuevos profesionales, contratar servicios alternativos de alto costo o asumir decisiones urgentes en contextos de incertidumbre respecto de la negligencia del deudor. Exigir tales conductas de manera absoluta implicaría trasladar indebidamente al acreedor las consecuencias económicas y materiales del incumplimiento.

Continuando con el ejemplo de la sección anterior respecto del cliente que contrata servicios jurídicos para la presentación de una demanda dentro de un plazo determinado, si el abogado actúa negligentemente y deja transcurrir términos relevantes del proceso, el acreedor tendrá la carga de adoptar medidas razonables para evitar que el daño continúe agravándose, como buscar oportunamente otro patrocinio jurídico una vez advertida la negligencia. Sin embargo, ello no significa que esté obligado a contratar de manera inmediata al profesional más costoso del mercado, endeudarse excesivamente o asumir riesgos económicos desproporcionados con el único objetivo de reducir las consecuencias del incumplimiento inicial.

Así, la carga de mitigación en las obligaciones de medios debe analizarse desde un criterio de proporcionalidad. El acreedor debe actuar diligentemente frente al daño, pero dicha diligencia no puede confundirse con una obligación de sacrificio absoluto. Lo contrario implicaría desnaturalizar la figura de la mitigación y convertirla en un mecanismo indirecto de liberación de responsabilidad para el deudor negligente.

3. Críticas a la aplicación de la carga de mitigación en las obligaciones de medios

A pesar de que la carga de mitigación encuentra fundamento en la buena fe y en la razonabilidad, su aplicación en las obligaciones de medios no está exenta de dificultades. Precisamente por la naturaleza de estas obligaciones, la determinación del momento en que surge la carga de mitigación para el acreedor presenta complejidades que no se advierten con la misma intensidad en las obligaciones de resultado.

En estas últimas, el incumplimiento suele exteriorizarse de manera objetiva a partir de la falta de obtención del resultado debido. En cambio, en las obligaciones de medios, el análisis recae sobre la diligencia desplegada por el deudor durante la ejecución de la prestación. Por ello, trasladar automáticamente al acreedor la carga de reaccionar frente a cualquier resultado insatisfactorio

podría conducir a soluciones incompatibles con la propia estructura de este tipo de obligaciones.

3.1. Riesgo de trasladar el peso del incumplimiento a la víctima

Una primera objeción consiste en el riesgo de trasladar indebidamente a la víctima parte de las consecuencias derivadas del incumplimiento. La carga de mitigación no puede volverse una conducta de excesivo cumplimiento para el acreedor perjudicado. Daniel Ugarte complementa que "no se puede exigir al acreedor que lleve a cabo una operación de ese tipo, o similar, si ello implica riesgos o gastos excesivos para él"[21]. En efecto, una interpretación excesivamente amplia de la carga de mitigación podría terminar favoreciendo al deudor negligente, teniendo el acreedor que realizar comportamientos de constante de vigilancia o corrección frente a la prestación defectuosa. Ello supondría desplazar hacia la víctima riesgos que corresponden originalmente al deudor, particularmente en aquellas prestaciones donde este último asumió una posición técnica o profesional especializada.

La cuestión adquiere especial relevancia si se considera que, en las obligaciones de medios, el acreedor no contrata la obtención de un resultado garantizado, sino precisamente la diligencia profesional del deudor. Por tanto, exigirle una actuación mitigadora desde el momento mismo en que ocurre la negligencia, incluso antes de que pueda advertirla razonablemente, implicaría desnaturalizar la distribución contractual de riesgos. La carga de mitigación no puede convertirse en un mecanismo indirecto de liberación de responsabilidad para el deudor incumplidor.

Precisamente por ello, resulta más adecuado sostener que la conducta mitigadora no nace únicamente desde la mera configuración objetiva de la negligencia, sino desde el momento en que el acreedor conoce o razonablemente puede conocer el incumplimiento. Antes de ello, no existe una verdadera posibilidad de actuación diligente frente al daño, puesto que no sería razonable exigir medidas de mitigación respecto de una situación cuya existencia aún no puede ser advertida.

3.2. Dificultades probatorias sobre el conocimiento del incumplimiento y la razonabilidad de la conducta mitigadora

Una segunda dificultad se relaciona con el problema probatorio que presenta esta tesis. Conocemos que el incumplimiento obligacional no siempre es

21 Ugarte, "El deber del acreedor de evitar y mitigar el daño", 405.

inmediatamente identificable, ya que la "actividad o el resultado tiene que ver con la identificación de la prestación"[22]. En efecto, incluso aceptando que la carga surge desde el conocimiento razonable del incumplimiento, permanece abierta la interrogante respecto a cómo determinar dicho momento. A diferencia de las obligaciones de resultado, donde el incumplimiento suele identificarse de forma inmediata, en las obligaciones de medios, la negligencia frecuentemente requiere una valoración técnica posterior en la que se determine si existió incumplimiento o no[23].

De este modo, surgen interrogantes relevantes: ¿cuándo puede afirmarse que el acreedor conoció efectivamente el incumplimiento? ¿Qué parámetros permiten sostener que razonablemente debía advertirlo? Además, ¿qué conductas concretas podían esperarse de él para evitar la agravación del daño?

Un primer criterio de respuesta puede hallarse en el mismo estándar que sirve para valorar la diligencia del deudor: el del tercero razonable, apreciado a la luz de las circunstancias de cada caso. Así como la negligencia del deudor se determina comparando su conducta con la que habría observado un tercero razonable colocado en su posición, el momento en que nace la carga de mitigación puede establecerse preguntando cuándo un acreedor razonable, situado en las mismas circunstancias y con la misma información disponible, habría conocido o debido conocer la falta de diligencia. El estándar opera, así, en ambas direcciones de la relación obligatoria y permite objetivar el juicio sobre el conocimiento, sin quedar sujeto a la percepción subjetiva del acreedor ni a una reconstrucción retrospectiva formulada desde el daño ya consumado. Ello no elimina la dificultad probatoria señalada, pero ofrece un parámetro de valoración que evita tanto exigir una advertencia imposible como tolerar una pasividad injustificada.

Estas cuestiones no son menores, puesto que la reducción de la indemnización dependerá precisamente de la determinación de dichas circunstancias. Una interpretación excesivamente rigurosa podría conducir a que el deudor alegue, retrospectivamente, que la víctima debió actuar antes, aun cuando el incumplimiento no era objetivamente identificable en ese momento. Por ello, el análisis de la razonabilidad no puede efectuarse en abstracto ni desde una valoración posterior del daño ya consumado, sino atendiendo a las circunstancias concretas del acreedor, la información disponible y el contexto en el que se desarrolló la prestación.

22 Rozo, "Las obligaciones de medios y de resultado", 140.

23 María Dolores Cervilla, *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), 12.

3.3. Asimetría técnica entre acreedor y deudor

Finalmente, otra objeción importante deriva de la asimetría de información técnica que caracteriza a muchas obligaciones de medios. En este tipo de relaciones, el acreedor suele encontrarse en una posición de inferioridad técnica respecto del deudor. En las relaciones entre paciente y médico, "el médico no se compromete a la curación del paciente […], sino que emplea una actividad técnica y científicamente cualificada y diligente"[24]. El acreedor precisamente acude al profesional porque carece de los conocimientos necesarios para ejecutar por sí mismo la prestación y, en consecuencia, el paciente no necesariamente puede advertir inmediatamente la negligencia médica.

Desde esta perspectiva, exigir una reacción inmediata frente al incumplimiento podría resultar ilógico. Un paciente no necesariamente se encuentra en capacidad de advertir que un tratamiento fue aplicado negligentemente desde sus primeras manifestaciones. Del mismo modo, un cliente puede desconocer inicialmente que su abogado omitió actuaciones procesales relevantes o dejó transcurrir términos esenciales dentro del proceso.

En consecuencia, la razonabilidad de la conducta mitigadora debe analizarse considerando también el grado de conocimiento técnico que objetivamente podía exigirse al acreedor. Lo contrario implicaría imponerle una carga excesiva incompatible con el fundamento mismo de estas obligaciones porque, de no ser así, se convierte a la víctima en una supervisora técnica de una prestación cuya correcta ejecución correspondía originalmente al deudor. En las obligaciones de medios, la carga de mitigación debe interpretarse restrictivamente y conforme a parámetros de buena fe y razonabilidad. Su finalidad no consiste en trasladar el riesgo del incumplimiento a la víctima, sino únicamente evitar la agravación innecesaria del daño cuando el acreedor se encuentra efectivamente en condiciones de advertirlo y actuar prudentemente frente a él.

4. Aplicación de la carga de mitigación en el ordenamiento ecuatoriano

Posterior al análisis de la operación de la carga de mitigación en las obligaciones de medios, corresponde examinar su viabilidad dentro del ordenamiento ecuatoriano. Para ello, el análisis se desarrollará a partir del marco normativo civil y mercantil, con el fin de determinar si esta figura puede ser sostenida jurídicamente pese a la ausencia de una regulación expresa.

24 Diego Sánchez, "El contrato médico: ¿Obligaciones de medios o de resultado?", *Academia de Derecho Civil UDP* (septiembre 2023): 1, https://academiaderechocivil.udp.cl/opinion/el-contrato-medico-obligaciones-de-medios-o-de-resultado.

En el derecho ecuatoriano, la carga de mitigación del daño no se encuentra formulada en el Código Civil como una regla autónoma. Sin embargo, esta ausencia no impide su aplicación en materia de responsabilidad contractual, siempre que se la entienda como una consecuencia de la buena fe, de la razonabilidad y de la adecuada delimitación del daño indemnizable. Desde esta base, el punto de partida se encuentra en el artículo 1562 del Código Civil, que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo expresamente pactado, sino también a lo que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre[25]. Esta disposición permite sostener que la relación obligacional no se agota en el cumplimiento literal del contrato, sino que exige de las partes un comportamiento leal y razonable durante su ejecución. En este contexto, si el acreedor advierte un incumplimiento o una situación susceptible de agravar el daño, no resulta compatible con la buena fe que adopte una actitud pasiva con el único fin de trasladar al deudor la totalidad de sus consecuencias.

Ahora bien, esta exigencia debe ser delimitada. El acreedor no está llamado a sustituir al deudor incumplidor ni a asumir sacrificios desproporcionados. Su conducta solo puede ser valorada cuando existan medidas razonables, seguras y proporcionadas que hubieran permitido evitar la agravación del perjuicio. En consecuencia, la mitigación no elimina la responsabilidad del deudor, sino que incide en la determinación del daño indemnizable, excluyendo aquellos perjuicios que no derivan directamente del incumplimiento, sino de la inactividad irrazonable del acreedor.

Por su parte, el artículo 2230 del Código Civil establece que la indemnización puede reducirse cuando quien ha sufrido el daño se expuso a él imprudentemente[26]. Aunque esta norma se ubica en el título XXXIII del libro IV del Código Civil, relativo a los delitos y cuasidelitos, esto es, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, introduce un criterio relevante para la determinación del *quantum* indemnizatorio: la conducta de la víctima puede influir en la extensión del daño resarcible. El precepto no excluye la responsabilidad del causante, pero sí permite ajustar la indemnización cuando el propio perjudicado ha contribuido al daño mediante una conducta imprudente, incorporando así un criterio de corresponsabilidad. Sin embargo, es necesario precisar que este supuesto no puede equipararse a la carga de mitigación. El artículo 2230 recoge la exposición imprudente de la víctima al daño, esto es, una conducta previa o concurrente a su producción, mientras que la mitigación opera en un momento posterior, cuando el daño ya se ha iniciado o el incumplimiento se ha manifestado. A ello se añade que la aplicabilidad del eximente de culpa de la víctima en sede contractual es, por sí misma, objeto de una discusión doctrinal abierta, distinta e independiente del debate

25 Artículo 1562, CC.
26 Artículo 2230, CC.

sobre la mitigación del daño. Ambas figuras nacen, por tanto, de hipótesis diversas y conviene mantenerlas conceptualmente separadas. Lo único que comparten es una intuición común: que el daño indemnizable no depende exclusivamente de la conducta del deudor, sino también del comportamiento del propio perjudicado. Esa coincidencia funcional no autoriza a fundar la carga de mitigación en el artículo 2230, que aquí se invoca únicamente como indicio de que el ordenamiento ecuatoriano admite que la conducta de la víctima incida en la cuantificación del daño.

En el ámbito mercantil, el Código de Comercio introduce una referencia más directa a esta lógica, si bien su alcance debe delimitarse con cuidado. El artículo 347 se encuentra ubicado dentro de las disposiciones que regulan la compraventa mercantil, de modo que su ámbito de aplicación directo es el de ese contrato en particular y no el de la contratación mercantil o civil en general. Conforme a esta disposición, frente al incumplimiento del contrato, la parte afectada "podrá adoptar las medidas necesarias para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante"[27]. La utilización del verbo podrá evidencia que la norma reconoce una facultad y no un deber jurídico en sentido estricto. En consecuencia, la mitigación se configura aquí como una posibilidad atribuida al acreedor y no como una obligación exigible.

Esta ubicación sistemática impone dos precisiones. La primera se refiere al alcance de la norma. Su invocación como fundamento de una regla de mitigación con alcance contractual más amplio no puede sostenerse por vía de aplicación directa, sino, en todo caso, por analogía o entendiendo la disposición como la concreción legislativa de un principio ya presente en el ordenamiento —la buena fe en la ejecución de los contratos, consagrada en el artículo 1562 del Código Civil—, del cual la regla mercantil constituiría una manifestación particular. La segunda se refiere al contenido de lo que la norma efectivamente dispone. El artículo 347 reconoce al acreedor la facultad de adoptar medidas para reducir la pérdida, pero no establece la consecuencia que este trabajo propone, esto es, la reducción del daño indemnizable en la cuantía en que el perjuicio pudo razonablemente evitarse. Esa consecuencia, expresamente prevista por el artículo 77 de la CISG, no deriva del texto del artículo 347, sino de la delimitación del daño indemnizable y de la exigencia de buena fe. La disposición mercantil confirma, por tanto, que la lógica de la mitigación no es ajena al ordenamiento ecuatoriano, pero no basta por sí sola para fundar la regla que aquí se defiende.

Un tratamiento distinto se observa en el contrato de seguro. En este ámbito, el Código de Comercio establece expresamente, en su artículo 720, que el asegurado está obligado a evitar la extensión o propagación del siniestro y a

27 Artículo 347, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019, reformado por última vez R.O. 526 del 13 de octubre de 2025.

procurar el salvamento de las cosas amenazadas[28]. A diferencia del régimen mercantil general, no se trata de una facultad, sino de una verdadera obligación jurídica. Esta se complementa con la previsión de que el asegurador debe asumir los gastos razonables en que incurra el asegurado para cumplirla, dentro de los límites de la suma asegurada.

Desde una perspectiva sistemática, esta diferencia no es casual. Mientras que en el régimen civil y mercantil la mitigación se construye a partir de principios como la buena fe y la razonabilidad, en el contrato de seguro el legislador opta por positivizarla expresamente como parte del contenido obligacional. Ello responde a la lógica propia de este contrato, en el que, pese a que el riesgo es asumido por el asegurador, el asegurado debe desplegar una conducta activa orientada a contener el daño, evitando su agravación.

En este contexto, la mitigación adquiere una intensidad distinta. Deja de operar únicamente como un criterio para delimitar el daño indemnizable y pasa a configurarse como una obligación cuyo incumplimiento puede generar consecuencias dentro de la relación contractual de seguros.

De lo expuesto se desprende que el derecho ecuatoriano no desconoce la mitigación del daño, sino que la reconoce con distinta intensidad según el ámbito normativo. En el régimen civil, opera como una carga derivada de la buena fe, la razonabilidad y la causalidad; mientras que en el contrato de seguro se configura expresamente como una obligación jurídica.

En consecuencia, no resulta adecuado trasladar sin matices el régimen del seguro al derecho civil. Fuera de ese ámbito específico, la mitigación debe entenderse de manera más limitada como un criterio para delimitar el daño indemnizable y no como un deber jurídico general. Por ello, la carga de mitigación puede ser sostenida en el ordenamiento ecuatoriano como una construcción derivada de principios y no como una regla legal expresa. Su aplicación debe ser cuidadosa y razonada, evitando que se convierta en un mecanismo que traslade indebidamente al acreedor las consecuencias del incumplimiento. Su función es excluir de la indemnización aquellos daños que el propio acreedor, actuando razonablemente y sin asumir cargas desproporcionadas, pudo evitar.

5. Conclusión

El punto de partida de este trabajo fue una pregunta concreta: determinar desde qué momento surge para el acreedor la carga de mitigar el daño en las obligaciones de medios. A lo largo del desarrollo se ha evidenciado que

28 Artículo 720, CCo.

la respuesta no puede construirse a partir de criterios automáticos ni trasladando sin matices lo que ocurre en las obligaciones de resultado. En estas últimas, el incumplimiento se identifica con relativa facilidad; en cambio, en las obligaciones de medios, la determinación del incumplimiento exige previamente valorar la diligencia del deudor.

Sobre esa base, la solución alcanzada es que la carga de mitigación no surge ni con la celebración del contrato ni con la simple producción del daño, sino en un momento posterior: cuando el acreedor conoce o, atendidas las circunstancias, puede razonablemente conocer la conducta negligente del deudor y se encuentre en condiciones reales de actuar. Antes de ello, exigirle una conducta mitigadora implicaría anticipar una reacción frente a un incumplimiento que aún no puede identificarse con claridad, desnaturalizando así tanto la lógica de la mitigación como la estructura propia de las obligaciones de medios.

Este criterio permite sostener un equilibrio que resulta indispensable. Por un lado, evita que el acreedor permanezca pasivo frente a un daño cuya agravación pudo evitarse mediante actuaciones razonables. Por otro, impide que la carga de mitigación se convierta en un mecanismo que traslade al acreedor las consecuencias del incumplimiento o que favorezca indebidamente al deudor negligente. La mitigación, en este sentido, no puede entenderse como una exigencia de sacrificio, sino como un límite razonable a la extensión del daño indemnizable.

En cuanto al derecho ecuatoriano, el análisis realizado permite afirmar que, aunque el Código Civil no regula expresamente la carga de mitigación, su aplicación puede sostenerse a partir de los principios que informan el sistema. El artículo 1562, al consagrar la buena fe en la ejecución de los contratos, exige de las partes un comportamiento leal y razonable que no se agota en el cumplimiento formal de la obligación. A su vez, el artículo 2230 introduce la idea de que la conducta de la víctima puede incidir en la cuantificación del daño. Por su parte, el Código de Comercio muestra que la mitigación no es ajena al ordenamiento: en el régimen general aparece como una facultad, mientras que en el contrato de seguro se configura expresamente como una obligación del asegurado.

El aporte específico de este trabajo debe distinguirse de lo que la doctrina ya tiene establecido. Los elementos generales de la mitigación —su naturaleza de carga, su fundamento en la buena fe, la razonabilidad como límite de las medidas esperables y su efecto reductor sobre el *quantum* indemnizatorio— se encuentran ampliamente desarrollados y no constituyen una novedad. Lo que aquí se propone es distinto: vincular el surgimiento de la carga de mitigación, en el ámbito específico de las obligaciones de medios, con el

conocimiento razonable del incumplimiento y con la posibilidad efectiva y proporcional de actuación del acreedor. De ello se sigue que, en esta categoría de obligaciones, la carga no puede ser aplicada de manera indiferenciada: su operatividad depende del (1) conocimiento razonable del incumplimiento, de la (2) posibilidad efectiva de actuación y de la (3) proporcionalidad de las medidas que se esperan del acreedor. Con ello se evita tanto la pasividad abusiva como la imposición de cargas excesivas, manteniendo la coherencia con los principios de buena fe y razonabilidad.

No obstante, la investigación también presenta limitaciones. La ausencia de una regulación expresa en el Código Civil y el escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia en Ecuador dificultan la delimitación precisa de los criterios aplicables en casos concretos. En particular, quedan abiertas cuestiones relevantes: ¿cómo determinar el momento en que el acreedor pudo conocer el incumplimiento? ¿Qué parámetros permiten calificar una medida como razonable y de qué manera debe probarse la relación entre la omisión de mitigar y la agravación del daño? Por ello, futuros análisis deberían profundizar en estos aspectos, especialmente desde la práctica judicial, con el fin de dotar de mayor certeza a una figura que, si bien no ha sido expresamente positivizada en el ámbito civil, resulta plenamente compatible con la lógica del sistema y necesaria para evitar resultados injustificados en la determinación de la indemnización.

BUSTAMANTE FABARA

Innovación y Liderazgo Jurídico en Ecuador

Con más de 70 años* de trayectoria, **BUSTAMANTE FABARA** es una **firma legal integral** líder en Ecuador, reconocida por su solidez y visión estratégica.

+120	+190	25
Abogados	Colaboradores	Áreas de Práctica

Reconocidos por los principales directorios legales internacionales:

Chambers AND PARTNERS · GCR · IFLR1000 · IP STARS from Managing IP · ITR WORLD TAX · LACCA · LATINLAWYER · LEADERS LEAGUE · Legal500 · LEXOLOGY · WTR



***BUSTAMANTE FABARA** es el resultado de la fusión entre dos reconocidas firmas legales Bustamante & Bustamante, establecida en 1956, y Fabara & Compañía Abogados, fundada en 2003; combinando así una significativa experiencia en el ámbito legal.

ECUADOR | WWW.BUSTAMANTEFABARA.COM

VIVANCO & VIVANCO

WE ARE LATIN AMERICA

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

El verdadero rol del elemento subjetivo en la determinación de la responsabilidad civil contractual

The True Role of the Subjective Element in Determining Contractual Civil Liability

María Emilia Flores Suasnavas*

Recibido / Received: 23/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4402

Citación:
Flores Suasnavas, María Emilia. "El verdadero rol del elemento subjetivo en la determinación de la responsabilidad civil contractual". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4402.

* Investigadora independiente. Correo electrónico: mfloressu@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0009-0006-2466-812X.

Resumen
Este trabajo cuestiona el régimen subjetivo de la responsabilidad contractual mediante una crítica a la inclusión de la culpabilidad como requisito autónomo. Para ello, analiza la difusa línea divisoria entre la culpa y los demás elementos de la responsabilidad en obligaciones de resultado y de medio. Tras un análisis sobre el rol de la prueba de la diligencia en ambos tipos de obligaciones, se llega a la conclusión de que, contrario a lo afirmado tradicionalmente, la culpa no es un requisito autónomo de la responsabilidad contractual, confundiéndose con el incumplimiento, la causalidad o, incluso, tornándose en un requisito fútil. Así, la subjetividad del régimen de responsabilidad contractual se pone en duda y se concluye que, en ciertos casos, tiene naturaleza objetiva.

Palabras clave
Responsabilidad contractual; culpa; obligaciones de resultado; obligaciones de medio; diligencia

Abstract
This paper questions the subjective regime of contractual liability through a critique to the inclusion of culpability as an autonomous requisite. To this end, this paper analyzes the blurry division between fault and other elements of contractual liability regarding obligations of result and of means. After an analysis of the role of the proof of diligence in each one of those cases, this paper states that fault is not an autonomous requisite for the existence of contractual liability, being sometimes confused with breach, causality, and even turning into a futile requirement. Thus, the traditional contractual liability regime characterization is challenged, concluding that, under certain circumstances, it has an objective nature.

Keywords
Contractual liability; fault; obligations of result; obligations of means; diligence

1. Introducción

Los contratos son instrumentos jurídicos que contienen obligaciones y buscan satisfacer los intereses de las partes involucradas. Por lo tanto, cuando se incumplen, se activa el régimen de responsabilidad civil contractual, que permite que el acreedor quede indemne frente a los daños que el incumplimiento le ha ocasionado. Sin embargo, la responsabilidad civil contractual no se configura por el mero hecho de que el contrato haya sido incumplido, sino que, además del incumplimiento, deben confluir otros requisitos.

La tendencia tradicional para la determinación de responsabilidad civil contractual en sistemas legales de daños como el ecuatoriano ha considerado necesaria la concurrencia de cuatro elementos. Estos son (i) mora en el cumplimiento de las obligaciones —hipótesis de incumplimiento calificado[1]—, (ii) daño, (iii) nexo causal entre el incumplimiento y el daño y (iv) un elemento subjetivo de culpa o dolo.

Varios han sido los esfuerzos empleados por la doctrina para definir este último requisito. Desde la época clásica romana, pasando por los comentadores del Código napoleónico, e incluso en la doctrina más moderna, se ha afirmado, en unos casos, que la culpa es parte del incumplimiento y, en otros, que se tiene como consecuencia de este. También se ha dicho que la culpa es equiparable al incumplimiento mismo, que es un criterio de atribución de responsabilidad y que es una actividad tendiente a la obtención del resultado esperado por el acreedor, sin que ninguno de los criterios haya sido superado todavía. Frente a esto, cabe preguntarse cuál es el verdadero rol de la culpa como elemento subjetivo en la determinación de la responsabilidad civil contractual.

La discusión es de suma importancia, puesto que de la respuesta a este cuestionamiento se desprenderán consecuencias probatorias relevantes. Así, se impone o se aliviana la carga de acreedores y deudores, quienes se ven abocados a dilucidar si deben o no probar (in)cumplimiento y diligencia y su utilidad para configurar o desvirtuar la responsabilidad civil contractual.

Para concluir que tal cuestionamiento es válido, se revisará, en primer lugar, el contexto legal y jurisprudencial del problema jurídico, así como las opiniones de otros autores sobre el tema. Posteriormente se analizará el rol de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de obligaciones contractuales de resultado y de medio, respectivamente. Para ese objeto, se examinará, en cada caso, la importancia de la culpabilidad, su relación con otros requisitos de la responsabilidad y

1 Pese a que este trabajo reconoce la importante distinción entre incumplimiento y culpa, esta parece ajena al problema jurídico presentado. Por ello, los términos "incumplimiento" y "mora" serán utilizados alternativamente en el desarrollo de este trabajo.

las posibles excepciones del deudor. Después se analizará, respectivamente, si la presunción de culpa recogida en el artículo 1563 del Código Civil (en adelante CC) es aplicable en todos los casos. Como resultado, se arribará a la necesaria conclusión de que, en realidad, el régimen de responsabilidad civil contractual no puede entenderse como enteramente subjetivo, sino que tiene matices de objetividad, específicamente en lo relativo al incumplimiento de las obligaciones de resultado.

A continuación se hará evidente la falta de una regulación uniforme sobre la culpa contractual, las teorías que se han desarrollado sobre ella y las respuestas que la doctrina ha arrojado respecto del problema que se plantea en este trabajo.

2. La insuficiente regulación normativa de la culpa contractual

El CC ecuatoriano no contiene una norma específica respecto de los requisitos que deben concurrir para la determinación de la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, diversas secciones del CC hacen referencia a la culpa en la ejecución de los contratos.

Lastimosamente, las disposiciones de esta ley sobre culpa contractual no arrojan claridad sobre el verdadero alcance del concepto, pues, la mayoría de veces, no queda claro si lo asimilan al hecho promotor del incumplimiento o a un criterio de atribución de responsabilidad[2]. Esta falta de uniformidad en la codificación civil respecto del concepto de *culpa* genera confusión sobre su rol en la determinación de la responsabilidad civil contractual, que parece bastante cuestionable.

La única norma que, en opinión del presente artículo, permitiría dilucidar parte del cuestionamiento planteado es el artículo 1563 del CC, referente a la culpa contractual. Este artículo prescribe la gradación de culpas, que difiere en razón de la(s) parte(s) que se beneficia(n) del contrato; establece la exclusión de responsabilidad en caso fortuito; y dispone que la prueba de la diligencia, como contrapartida de la culpabilidad, incumbe a quien debe emplearla[3]. Esta disposición permite, al menos, divisar que el régimen de responsabilidad contractual es, aparentemente, subjetivo, pues, en principio, no liga la culpa con otros elementos de la responsabilidad. Además, permite esbozar una presunción de culpa por la cual la prueba de la diligencia correspondería al deudor, sin ser claro si tal prueba lo exoneraría parcial o totalmente de responsabilidad y, de ser así, en qué casos ocurriría aquello.

2 Ver, por ejemplo, artículo 1502 Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. Constitucional 111 del 26 de noviembre de 2025: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, éste se halla obligado a pagar el precio, y a la indemnización de perjuicios". Ver artículos 1537, 1549 y 1687, CC.

3 Id., artículo 1563.

Frente a la falta de una regulación legislativa uniforme, cabría esperar una respuesta a los cuestionamientos planteados en la jurisprudencia. Sin embargo, como se expone a continuación, los disímiles criterios de las cortes ecuatorianas tampoco proporcionan una aproximación consistente al tema.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia acogió el criterio de Alessandri Rodríguez respecto de los requisitos que deben concurrir para que el deudor sea constituido en mora, entre ellos: "que el retardo provenga de un hecho del deudor, que sea culpable, esto es, que pueda imputarse a su culpa o dolo"[4]. Al respecto, la Corte señaló que la mora se da por inobservancia de la obligación que dimana del contrato "por causa que le es imputable [al deudor]"[5]. Más adelante, citando a Fueyo Laneri, la sentencia indicó que el principio según el cual la mora purga la mora "[e]s algo así como una compensación de culpas"[6]. Sin embargo, al resolver, la Sala no realizó un análisis sobre el requisito de culpabilidad que debe estar presente para la constitución en mora del deudor[7]. Según este criterio, no queda claro si la culpa se asimila a la mora, al incumplimiento o si se trata de un criterio de atribución.

En un caso de incumplimientos recíprocos dentro de un convenio de construcción[8] que, entre otras cosas, obligaba a las partes a celebrar un contrato de compraventa de un inmueble[9], la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que:

> las dos partes que omitieron el deber de otorgar la escritura pública se hallan en la misma situación y ninguna puede acusar a la otra de haber actuado con dolo o culpa, porque cada una de ellas ha incurrido en culpa grave ya que un deber básico y elemental de diligencia y prudencia impone realizar los negocios jurídicos observando las previsiones legales para que sean perfectamente válidos y eficaces[10].

En ese caso, la Corte no solo equiparó la culpa a la falta de diligencia y prudencia, sino también a la inobservancia de la legalidad. De modo general, según la doctrina, entender la culpa como la inobservancia de conductas que se desprenden de la ley, aun sin estar contenidas en la prestación, es una forma de conceptuarla como la inobservancia de la buena fe objetiva[11].

4 Causa n.º 395-96, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 26 de febrero de 1999, considerando tercero.
5 Id.
6 Fernando Fueyo Laneri, *Derecho civil*, tomo IV, vol. 1 (Santiago de Chile: Roberts y Cía., 1958): 321, citado en Causa n.º 395-96, considerando quinto.
7 Cf. Causa n.º 395-96.
8 El Convenio fue celebrado mediante escritura privada. La Corte analiza la falta de solemnidad como causa de nulidad. Sin embargo, por no ser el problema expuesto por este trabajo, tales argumentos se dejan de lado.
9 Causa n.º 218-99, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de octubre de 2000.
10 Id., considerando noveno. Ver Causa n.º 162-2001, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de septiembre de 2002, considerando séptimo.
11 Edgar Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 56-59.

La Corte Suprema de Justicia emitió otro criterio en un caso de incumplimiento de una promesa de compraventa de un lote de terreno[12]. La parte demandada alegó que el incumplimiento se dio porque las obras de urbanización sobre el inmueble no estaban concluidas y, por ende, el Concejo Municipal, de conformidad con una ordenanza, no había autorizado la suscripción de escrituras relativas a dichos lotes[13]. En este caso, la Sala de casación señaló que:

> en el evento de no haberse alcanzado la autorización municipal […] se debería analizar si es que tal autorización no se la obtuvo por hecho o culpa de la parte que estaba obligada a obtenerla, caso en el cual la otra parte podría exigir la indemnización de daños y perjuicios, o si se debió a caso fortuito o fuerza mayor, hipótesis en la cual el contrato de promesa concluiría por imposibilidad sobreviniente[14].

Es notable que la Corte equiparó incorrectamente la culpabilidad a la ausencia de fuerza mayor o caso fortuito, identificándose así la culpabilidad con la causalidad, pues ante la presencia de causas extrañas, como la fuerza mayor o el caso fortuito, se rompe el "vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima"[15]. A pesar de dicha contradicción, la Corte Nacional de Justicia ha reiterado recientemente este criterio. Por ejemplo, en el caso 10311-2015-00605, la Corte equiparó la culpabilidad con la ausencia de fuerza mayor al señalar que la culpa se trata de "la atribución de la conducta dañosa al sujeto, por suponer una acción conducente a producir el daño […]. La previsibilidad del resultado dañoso es un elemento capital para construir la imputación del daño, en la medida en que excluye la ausencia de culpa por fuerza mayor"[16].

En otro caso, relativo al incumplimiento de un contrato entre un banco y un establecimiento que ofrecía a sus clientes la posibilidad de pagar sus consumos con tarjeta de crédito, la Corte Nacional de Justicia equiparó la culpabilidad al incumplimiento. Según el contrato analizado, el establecimiento debía comunicarse con el banco en caso de que se efectuaran dos o más consumos en un mismo día o varios consumos seguidos con la misma tarjeta. La Corte consideró no demostrado que el establecimiento haya efectuado comunicación alguna cuando esto ocurrió, con lo que concluyó que no se había aportado prueba de la diligencia o cuidado en los términos impuestos por el Código Civil[17].

12 Causa n.º 233-96, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 21 de enero de 1999, considerando primero.
13 Ibid.
14 Ibid., considerando quinto.
15 Javier Tamayo Jaramillo, "Las causales de exoneración en la responsabilidad civil: Segunda parte: La fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de un tercero", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 58 (septiembre 1982): 71, https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/es/article/view/5493.
16 Causa n.º 10311-2015-00605, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 20 de septiembre de 2022, considerando 17. Si bien se trata de un caso por responsabilidad civil extracontractual, se considera que el criterio es relevante para la caracterización de la culpa.
17 Causa n.º 17230-2015-04099, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 19 de enero de 2021.

En varios casos, la ex Corte Suprema y la Corte Nacional de Justicia, en referencia a la responsabilidad extracontractual, han expuesto un criterio extrapolable a la responsabilidad contractual muy similar al citado anteriormente: "En la responsabilidad subjetiva debe mediar delito o cuasidelito y no solo eso, sino que es indispensable que entre el dolo o la culpa por una parte y el daño por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que sea efecto o consecuencia de ese dolo o culpa"[18].

En estos casos, evidentemente, se ha asemejado la culpabilidad al hecho ilícito —en el caso de la responsabilidad contractual, al incumplimiento—, pues se ha señalado que la causalidad liga la culpa al daño cuando, en realidad, la causalidad implica que el daño es una consecuencia del hecho ilícito.

Más explícitamente, en el mismo caso 10311-2015-00605, la Corte Nacional de Justicia indicó que "la culpa extracontractual se identifica no solo con la omisión de la diligencia exigible o conductas donde hay negligencia, sino con la misma acción u omisión"[19]. En el mismo caso, relativo a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia llegó al punto de sostener que la culpabilidad, si bien es parte de los presupuestos de la responsabilidad, se debe acoplar "a soluciones cuasi objetivas". Así, según dicha Corte, se debe "superar factores de plena abstracción como lo moral, lo psicológico o el juicio de valor de la conducta del agente". En su lugar, la Corte resolvió en favor de realizar un "análisis del incremento de los actos dañosos, el provecho obtenido por el quebranto sufrido por un tercero, el lucro obtenido por el acto [sic] dañino, etc."[20].

Pocos han sido los casos en los cuales la culpabilidad ha sido tratada, o al menos definida, como un requisito independiente:

> La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo,

18 Causa n.º 290-2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 5 de febrero de 2004, considerando tercero. Ver también causa n.º 17301-2013-1144, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 2 de febrero de 2021, considerando 3.9; causa n.º 13337-2018-00016, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 12 de octubre de 2022, 163, en la cual se estableció que los daños pueden ser consecuencia del dolo, culpa, negligencia o caso fortuito; causa n.º 17230-2017-06946, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 22 de diciembre de 2022, considerando 13; causa n.º 09332-2016-10058, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 22 de septiembre de 2023, considerandos 79 a 81; causa n.º 17230-2019-13289, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 24 de octubre de 2023, considerando 96.

19 Causa n.º 10311-2015-00605, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 20 de septiembre de 2022, considerando 13.

20 Ibid., considerando 13.1.

> pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse la infracción de normas legales o reglamentarias[21].

En el caso 13334-2017-00627, la Corte Nacional de Justicia resolvió que la responsabilidad —y, por tanto, el deber de reparar—:

> nace al verificarse tres elementos: por un lado, de manera fundamental, la existencia del daño material o inmaterial […]; por otro, el nexo causal entre el hecho dañino, esto es, determinar qué causó el daño y su resultado; y, finalmente, **el título de imputación o imputabilidad del daño, que no es otra cosa que establecer jurídicamente quién debe responder por el daño** (énfasis añadido)[22].

Sin embargo, la inclusión de la culpa como un elemento necesario de la responsabilidad civil en general y contractual en particular no se ve en todos los casos. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia también dijo que la responsabilidad civil contractual se configura con la concurrencia de únicamente tres elementos: (i) un contrato válidamente celebrado, (ii) un daño material y (iii) una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño[23]. En este caso, la Corte no consideró que la culpa fuera un elemento autónomo de la responsabilidad civil contractual[24]. En una decisión más reciente, la Corte Nacional de Justicia determinó que es "el daño, y no la culpa, el presupuesto de la responsabilidad jurídica civil"[25].

Como se puede observar, la jurisprudencia ecuatoriana tampoco ha sido uniforme respecto del rol que debe asignarse a la culpa para declarar que el deudor es responsable pues, en unos casos, ha esbozado criterios bajo los cuales la culpa se asimila a la mora, mientras que en otros ha considerado que la culpa es igual a la inobservancia de las obligaciones derivadas de la buena fe.

---

21 Comité Delfina Torres viuda de Concha c. Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002, considerando vigésimo. El criterio esbozado en el fallo se dio en el marco de la responsabilidad extracontractual. No obstante, al tratarse de una caracterización de la culpa en abstracto, resulta aplicable a la responsabilidad contractual. Además, "los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles", Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: Dykinson, 2015), 99. Ver causas n.º 09332-2016-10058, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 22 de septiembre de 2022, considerando 81 y n.º 17230-2019-13289, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 24 de octubre de 2023, considerando 95, en las que, tras equiparar a la culpa con el hecho antijurídico, dicha judicatura indicó que "la culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto".

22 Causa n.º 13334-2017-00627, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 30 de julio de 2020, considerando 5.2.1. Ver causa n.º 13337-2018-00016, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 12 de octubre de 2022, 167. En este caso, tras indicar que la causa del daño puede ser la culpa o el dolo, la Corte Nacional de Justicia determinó que los factores de atribución son "la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro".

23 Causa n.º 56-2004, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 6 de septiembre de 2004, considerando octavo.

24 Ibid., considerando octavo. El demandado señaló que debía probarse que el deterioro se dio por culpa del arrendador, sus dependientes o sus visitantes. No obstante, en línea con su propio criterio, la Corte no analizó la culpa, limitándose a señalar que la realización de las reparaciones locativas es una obligación que incumbía al arrendatario.

25 Causa n.º 17113-2014-2492, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 10 de febrero de 2022, considerando 124.

También se ha sostenido que la culpa es equiparable a la causalidad por implicar ausencia de causas extrañas. En otros fallos se ha afirmado que la culpa es lo mismo que el incumplimiento. En distinto sentido, se ha caracterizado la culpa como un requisito independiente. Finalmente, se ha optado por no emitir pronunciamiento alguno respecto de la culpa al no considerarla un requisito para su configuración.

3. Una aproximación teórica al rol de la culpa contractual

Para comprender el rol de la culpa en la determinación de la responsabilidad civil contractual, es importante primero conocer cómo esta ha sido entendida y definida por la doctrina desde sus primeras inclusiones como requisito de la responsabilidad subjetiva.

Esta última ha sido entendida como aquella en la que la culpa debe estar presente, sea probada o presunta[26]. Según la doctrina, en los regímenes subjetivos, el deudor se libera de responsabilidad si ha actuado con la diligencia exigida por la ley y/o el contrato[27]. Así, estos se basan en la existencia de una "conducta culposa o dolosa del sujeto o agente"[28]. No obstante, la noción de culpa no es uniforme en el régimen de los códigos civiles de raigambre francesa y menos aún en la doctrina. De esta manera, la culpa contractual ha sido entendida (i) como un juicio de reproche, (ii) como una forma de comportamiento e, incluso, (iii) como el mismo incumplimiento.

La primera definición de culpa puede hallarse en los primeros ordenamientos jurídicos occidentales de tradición judeocristiana, que han considerado la culpa como un requisito necesario para la configuración de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad contractual en particular[29]. Esto deja claro que el derecho no ha sido más que una prolongación de la moral en la que la religión ha jugado un rol predominante[30]. Así, la culpa era entendida meramente como la atribución y el reproche de un comportamiento a una persona, siendo esta únicamente un criterio para reconocer a un individuo como autor del daño.

26 Javier Tamayo Jaramillo, *Culpa contractual: Su exigencia, prueba y graduación: Obligaciones de medio y de resultado* (Bogotá: Temis, 1990), 17.

27 Jorge Forgues, "Aproximación al requisito de la culpa por incumplimiento de obligación contractual en el Código Civil Boliviano de 1975", *Revista de Derecho de la UCB* 1, n.º 1 (octubre 2017): 9, https://doi.org/10.35319/lawreview.201715.

28 Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 382, citado en Jorge Baraona González, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", *Revista Chilena de Derecho* 24, n.º 1 (abril 1997): 152-153, https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77654.

29 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I (Colombia: Legis, 2007), 191.

30 Michel Villey, "Esbozo histórico sobre la palabra responsable", *Archives de Philosophie de Droit,* tomo 22 (1998), citado en Jorge Mosset Iturraspe, "La noción de culpa: Estado actual de la cuestión". *Revista de Derecho de Daños* 2009-1 (mayo 2009): 11.

Bajo esta idea, en el derecho romano clásico se estableció que el incumplimiento contractual, *factum debitoris*, debía realizarse con culpa o *iniuria*, es decir, sin justificación[31]. Este régimen llevó a la escuela del derecho natural a entender la culpa como un "reproche de conciencia" por el daño cometido[32]. En el mismo sentido, Planiol y Ripert han afirmado que la culpa no es más que el juicio de reproche o censura a que está sujeto el incumplimiento de la obligación[33].

La segunda definición de culpa se encuentra en las Instituciones de Justiniano, que reconocieron un criterio subjetivo más claro de responsabilidad contractual. Además de exigir falta de causalidad para la exclusión de responsabilidad, requerían otras cuestiones relativas a la conducta en atención a la disciplina objeto del contrato y al orden público. Así, en dicha codificación, la culpa pasó a considerarse una falta de prudencia y, además, una violación de las normas genéricas de orden público, identificándose la culpa con la antijuridicidad[34]. Por su parte, Ulpiano, en el Digesto, desarrolló el criterio de la utilidad del contrato para las partes con el fin de determinar las reglas de dolo y culpa[35]. El Digesto recogió, además, las categorías de dolo, culpa y diligencia como elementos de la responsabilidad contractual, a la vez que prescribió la fuerza mayor como un eximente de responsabilidad[36].

A partir de entonces, la culpa empezó a entenderse como una forma de descubrir la razón del daño, es decir, si su ocurrencia se debió a la negligencia, imprudencia, impericia o intención dañosa de su autor[37]. En ese sentido, Domat explicó que la culpa era tan necesaria que, de no probarse, existía una presunción en cuanto a que el hecho dañoso tendría una causa distinta a la culpa del agente[38]. Messineo, más claramente, afirmó que la culpa contractual no puede entenderse sin la adecuada comprensión del concepto de diligencia. Esta se refiere al cuidado que debe emplearse al ejecutar una actividad con miras al cumplimiento de una obligación tal como fue pactada[39]. En la misma línea, Tamayo Jaramillo expone que "la culpa contractual consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación"[40].

31 Cortés, *La culpa contractual*, 63-66.
32 Félix Trigo Represas, "La noción clásica de culpa: Domat. Código Civil francés. Código Civil argentino", *Revista de Derecho de Daños* 2009-1 (mayo 2009): 40.
33 Marcel Planiol y Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome VI: Obligations* (París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952), citados en Javier Tamayo Jaramillo, *Culpa contractual: Su exigencia, prueba y graduación. Obligaciones de medio y de resultado* (Bogotá: Temis, 1990), 7.
34 Cortés, *La culpa contractual*, 77-78.
35 Ibid.
36 Ibid., 75.
37 Mosset Iturraspe, "La noción de culpa", 10.
38 Jean Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, tomo II (Barcelona: Librería Pujal, 1861): 77, citado en Trigo Represas, "La noción clásica de culpa", 41.
39 Francisco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial,* tomo IV, trad. de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ejea, 1955): 234, citado en Trigo Represas, "La noción clásica de culpa", 45.
40 Tamayo Jaramillo, *Culpa contractual*, 16.

La tercera definición de culpa contractual es expuesta por Alessandri Rodríguez, quien ha definido la culpa contractual como el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de una obligación preexistente mediante la falta de cuidado o diligencia debidos en la observancia de la prestación[41]. Sin embargo, esta definición ha sido cuestionada en reiteradas ocasiones, pues confunde los elementos objetivos (incumplimiento) y subjetivos (culpa) de la responsabilidad civil contractual.

4. Posiciones doctrinarias sobre el asunto

En Ecuador no se ha realizado un cuestionamiento al régimen subjetivo de la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, el estudio de algunos aspectos del problema abordado en el presente trabajo ha sido discutido en la doctrina comparada.

Demogue, en un comentario al Código Civil francés, señala que la justificación de la presunción de culpa se basa en una distinción entre obligaciones de medio y de resultado[42]. Según el autor, en estas últimas, la única manera en la que el deudor puede librarse de responsabilidad es demostrando la existencia de fuerza mayor o caso fortuito y, por tanto, que el incumplimiento no es culpable[43]. Esto parece sugerir, incorrectamente, que la inexistencia de culpa es igual a la ausencia de causalidad. Por el contrario, dice Demogue, en las obligaciones de medio, la carga de la prueba del incumplimiento recae en el acreedor[44]. En opinión de este autor, en el caso de las obligaciones de resultado cuyo objeto consiste en dar o entregar un cuerpo cierto, "es justo que [el deudor] sea obligado a dar a conocer [a su acreedor] cómo pereció la cosa debida"[45].

Sin embargo, este mismo autor no plantea cuestionamiento alguno al carácter subjetivo de la responsabilidad civil contractual, limitándose únicamente a esbozar una justificación para la presunción de culpa recogida en el artículo 1302 del Código Civil vigente en Francia a la época de su comentario.

Es destacable también el análisis realizado por Tamayo Jaramillo respecto de la regulación del Código Civil colombiano. A criterio de este autor, en concordancia con los estudios de Planiol y Ripert, por una parte, y Larroumet, por otra, "en algunos casos la culpa es requisito necesario de la responsabilidad

41 Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho civil: Teoría de las obligaciones* (Santiago de Chile: Imprenta El Esfuerzo, 1983), 86-87.
42 René Demogue, "Tome 5, Sources des Obligations", en *Traité des obligations en général* (París: Arthur Rousseau, 1925), párr. 1237.
43 Ibid.
44 Ibid.
45 Ibid. (traducción no oficial).

contractual, mientras que en otros no"[46], independientemente de si se trata de obligaciones de medio o de resultado[47]. Por ejemplo, en las obligaciones de género, sin importar la ocurrencia de cualquier causa extraña, la responsabilidad subsiste, pues es objetiva[48], es decir, no se fija en la conducta que llevó al deudor al incumplimiento de su obligación. Por otro lado, cuando las obligaciones comportan la observancia de un determinado comportamiento, la culpa —que en algunos casos debe probarse y en otros no— sí es un requisito fundamental para la existencia de la responsabilidad contractual[49].

Para Vidal Olivares, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado también carece de relevancia. Así, explica que la diligencia es un elemento de la naturaleza de cualquier obligación contractual puesto que, en todo contrato, el deudor se compromete a observar cierto grado de diligencia o cuidado en la ejecución de la prestación debida[50]. Señala también que la falta de diligencia es el criterio de atribución o imputación subjetiva de responsabilidad, lo cual ocurre, generalmente, en caso de incumplimiento[51]. Así, en su opinión, el deudor únicamente puede exonerarse si prueba la existencia de caso fortuito, pero siempre en atención al grado de diligencia que le era exigible[52].

En sentido contrario, Pizarro Wilson señala que, en las obligaciones de medio, la culpa y el incumplimiento no pueden disociarse. Por su parte, en las obligaciones de resultado, independientemente de su objeto, aunque culpa e incumplimiento sí se disocian, la existencia de culpa es completamente irrelevante y, por tanto, la prueba de la diligencia no exime al deudor de responsabilidad. Así, según este autor, en obligaciones de resultado existe una verdadera objetivación de la responsabilidad contractual[53].

Si bien el criterio del presente trabajo concuerda con el de Pizarro Wilson, este no analiza las hipótesis en las que, en obligaciones de resultado, parece ser que el elemento subjetivo sí juega un rol determinante. Igualmente, no expone comentario alguno respecto del carácter subjetivo u objetivo del régimen de responsabilidad civil contractual en lo tocante a obligaciones de medio.

Como se puede ver, han sido variadas las conclusiones a las que ha arribado la doctrina respecto del rol de la culpabilidad en la determinación de la

46 Tamayo Jaramillo, *Culpa contractual*, 10.
47 Ibid.
48 Ibid., 12.
49 Ibid.
50 Álvaro Vidal Olivares, "El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado: Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento", en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, ed. Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 148.
51 Ibid.
52 Ibid., 201-202.
53 Carlos Pizarro Wilson, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 31, n.º 2 (octubre 2008): 255-265, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200005.

responsabilidad civil contractual. Por ello, el objeto de este trabajo es tratar de esgrimir una teoría sobre tal rol.

5. El verdadero rol de la culpa en las obligaciones de resultado

A continuación se analizará cuál es el papel que juega el elemento subjetivo en las obligaciones de resultado. Para ello, se expondrán las razones por las cuales la culpa, en este tipo de obligaciones, es un elemento plenamente diferenciado respecto del incumplimiento. Sin embargo, como se verá después, su existencia como un elemento autónomo resulta fútil al momento de determinar la existencia de responsabilidad civil contractual.

5.1. La culpa como un elemento distinto del incumplimiento

Las obligaciones de resultado son aquellas en las que la prestación es concreta y específica, por lo cual el deudor incurre en incumplimiento "si no se ha producido el resultado prometido"[54]. El objeto de una obligación de resultado es, precisamente, el resultado[55], cuya obtención es lo único que puede liberar al deudor de responsabilidad[56].

Si bien la jurisprudencia ha caracterizado la culpabilidad como un elemento del incumplimiento y, más aún, como el incumplimiento mismo, en opinión de este trabajo, por lo menos en lo que a obligaciones de resultado respecta, culpa e incumplimiento son dos elementos plenamente diferenciados.

En las obligaciones de resultado se hace patente que el incumplimiento es un elemento puramente objetivo: basta la comprobación de no haberse alcanzado el resultado para afirmar que ha existido incumplimiento. Al respecto, reviste particular relevancia la definición de *incumplimiento* que propone Vidal Olivares:

> El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor), y la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor[57].

54 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, tomo I (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 220.

55 Paolo Emanuele Rozo Sordini, "Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 4 (diciembre 1999): 139, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3253588.pdf.

56 Massimo Franzoni, "La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado", *Themis Revista de Derecho* 38 (junio 1998): 82, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10312/10758.

57 Vidal Olivares, "El incumplimiento de obligaciones", 162.

En esa línea, el incumplimiento ocurre cuando el resultado prometido no se alcanza total o parcialmente, cuando se alcanza con retardo o cuando se alcanza solo defectuosamente[58]. Así, el incumplimiento se verifica materialmente a través de la constatación de la falta de realización o realización insatisfactoria de las prestaciones asumidas en el contrato[59].

Con esto no se pretende afirmar de entrada que el criterio de atribución de responsabilidad o la forma en que el incumplimiento ocurre no sea importante, sino simplemente que incumplimiento y culpa son dos nociones separadas. No es relevante a quién sea atribuible el incumplimiento del resultado, ni si tal incumplimiento ocurrió como resultado de una conducta dolosa o culposa del deudor para el análisis y la constatación de este requisito. Lo único que importa al analizar el incumplimiento es que la prestación no haya sido observada.

Si bien autores como Mazeaud y Chabas han señalado que, en obligaciones de resultado, el deudor se obliga a alcanzar un objeto preciso, por lo cual su inejecución es prueba de la culpabilidad en el incumplimiento[60], es necesario indicar que tal equiparación entre culpa e incumplimiento genera cuestionamientos. Así, de conformidad con el inciso tercero del artículo 1563 del CC, una alegación de incumplimiento de una obligación de resultado podría desvirtuarse únicamente mediante prueba de la diligencia empleada, excluyendo el incumplimiento de la obligación incluso si el resultado no ha sido alcanzado. Si tal criterio fuera defendido, no tendría sentido alguno pactar una obligación en la cual el interés del acreedor esté puesto en el resultado y, por ende, la autonomía de la voluntad se vería trastocada. Sobre este punto se volverá más adelante.

Ahora bien, una vez superado el criterio de Mazeaud y Chabas, por un lado, y de Alessandri Rodríguez[61], por otro, se tiene que la culpabilidad es un elemento no solo distinto al incumplimiento, sino también separado de él. Esto es aún más evidente cuando la culpa es analizada en un sentido técnico, es decir, cuando no se confunde con los demás elementos de la responsabilidad contractual, como ocurre con la causalidad[62].

58 Rodrigo Barcia Lehmann y José Maximiliano Rivera Restrepo, "¿En qué sentido es objetiva la noción de incumplimiento del *soft law*?", *Opinión jurídica* 18, n.º 36 (junio 2019): 170, https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302019000100165.

59 Fernando Gómez Pomar, "El incumplimiento contractual en derecho español", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* n.º 3 (julio 2007): 7, https://indret.com/el-incumplimiento-contractual-en-derecho-espanol.

60 Henri Mazeaud, et al. *Leçons de droit civil. Tome 2. Premier volume, Obligations: Théorie Générale* (París: Montchrestien, 1998), citado en Mauricio Tapia Rodríguez, "Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho (Valdivia)* 15, n.º 2 (diciembre 2003): 75-111. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext.

61 Alessandri Rodríguez, *Derecho civil*, 86-87.

62 Como se explicó anteriormente, cuando se entiende la culpabilidad como un criterio de atribución, se confunde su concepto con el de causalidad.

Así, la culpabilidad se conceptúa como la falta de diligencia, es decir, la falta de observancia de "una regla de conducta anexa a la prestación, consistente en la obligación del deudor de prevenir y resistir el incumplimiento"[63]. Esta falta de diligencia se debe analizar en atención a "las circunstancias de tiempo, de lugar y de personas […]. Por ello, la diligencia exigible será mayor en cuanto sea mayor el deber de la persona concreta de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas"[64].

Vidal Olivares y Brantt Zumarán explican que:

> [l]a diligencia a que alude el inciso tercero del artículo 1547 [idéntico al artículo 1563 CC ecuatoriano] corresponde a una actividad externa y accesoria a la prestación misma, que debe desplegar el deudor frente a aquellos hechos o sucesos externos que puedan sobrevenir durante la ejecución de la obligación, afectando o amenazando el incumplimiento, y que tiene por objeto resistirlos o superarlos, de modo que el proyecto de prestación se realice y el acreedor satisfaga su interés[65].

Las definiciones esbozadas se consideran las más adecuadas por ser las únicas que no se confunden con los otros elementos de la responsabilidad. Si se aceptara que la culpabilidad es lo mismo que el incumplimiento, que la mora o que la causalidad, no tendría sentido alguno referirse a la culpabilidad como un elemento de la responsabilidad, puesto que estaría actuando como un mero sinónimo de sus demás requisitos. Poco importaría llamar culpa al incumplimiento o a la ausencia de causas extrañas y poco importaría el análisis de su rol en la determinación de la responsabilidad contractual, puesto que, de todos modos, la importancia de los elementos con los cuales usualmente la culpa se confunde no está en discusión.

Así, por ejemplo, en una obligación de resultado consistente en la construcción de una casa o en la entrega de un piano encargado en depósito, el incumplimiento se verificará con la mera comprobación de que la casa no ha sido construida o que el piano no ha sido entregado. Esto es independiente de la diligencia que, pudiendo y debiendo haber empleado, el deudor no empleó. Asimismo, es independiente de si el incumplimiento le es atribuible o no a este.

63 Pablo Letelier Cibié, "La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y resultado sobre la función y prueba de la culpa del deudor", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 29 (diciembre 2017): 141, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200137.

64 Marcelo López Mesa, "El reverdecer de la culpa como elemento de la responsabilidad civil", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, ed. María Fernanda Navas y Yadira Alarcón (Bogotá: Temis, 2010), 121.

65 Álvaro Vidal Olivares y María Graciela Brantt Zumarán, "Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil: A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios* 19, n.º 1 (marzo 2012): 279, https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2013.

Al ser el incumplimiento un hecho verificable independientemente de la diligencia empleada por el deudor para evitarlo, es claro que incumplimiento y culpa son dos nociones separadas y diferenciadas en lo referente a las obligaciones de resultado. Sin embargo, lo que no queda claro es cuál es el rol de la culpabilidad en la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado, tomando en cuenta que aquella es distinta y jamás viene ligada a esta.

5.2. (F)utilidad de la noción de culpa como un elemento autónomo de la responsabilidad civil en obligaciones de resultado

Una vez determinado que incumplimiento y culpa son dos requisitos diferenciados y separados, se cuestiona la utilidad de la prueba de la diligencia y, por tanto, de la existencia de la culpabilidad como requisito para la determinación de la responsabilidad contractual. Para ello, se analiza lo que ocurriría si se prueba diligencia en sus tres entendimientos, es decir, (i) el conjunto de actividades del deudor tendientes a la obtención del resultado, (ii) el contenido de las obligaciones derivadas de la buena fe y (iii) los actos ejecutados por el deudor con el fin de evitar la ocurrencia de una causa extraña superviniente.

5.2.1. La prueba de la diligencia como actividad tendiente a la obtención del resultado

Respecto de la primera acepción de diligencia, la doctrina de Barros Bourie ha señalado que el tercer inciso del artículo 1563 del CC contiene una simple presunción de culpa, aplicable a las obligaciones de resultado, lo que describiría nuestro régimen como subjetivo. Por ello, independientemente de que en un inicio el acreedor no tenga que probar la culpabilidad del deudor, este puede desvirtuarla probando diligencia[66]. No obstante, como se adelantó en el apartado anterior, tal interpretación implicaría que el incumplimiento de las obligaciones de resultado fuera excluido por la simple diligencia que el deudor empleó al intentar cumplir su obligación.

Como explica Pizarro Wilson, en las obligaciones de resultado, el "incumplimiento arrastra responsabilidad, salvo prueba de la fuerza mayor u otra causa extraña"[67]. Bajo este criterio, el mismo Barros Bourie, enseguida de la afirmación citada, se corrige y admite que, en la práctica, las obligaciones de

66 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 680, citado en Carlos Pizarro Wilson, "Responsabilidad civil médica: Cirugía estética. Obligación de resultado. Responsabilidad objetiva. Corte Suprema, 12 de septiembre de 2011. Identificador LegalPublishing 54760", *Revista Chilena de Derecho Privado* 17 (diciembre 2011): 243-244, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000200008.

67 Pizarro Wilson, "Responsabilidad civil médica", 244.

resultado entrañan la imposibilidad de excusa de responsabilidad por error[68]. En el mismo sentido, Rozo afirma que "[s]i el resultado no se realiza, la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente"[69]. Esto no puede significar cosa distinta de que en la prueba del comportamiento diligente no importa el cumplimiento, lo cual reafirma la posición de este trabajo en cuanto a su independencia como elemento de la responsabilidad contractual.

Por los motivos presentados, parecería que la existencia o no de diligencia, como contrapartida de culpa, no reviste utilidad alguna si se trata de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultado. Esto significa que, en realidad, el régimen de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de este tipo de obligaciones es objetivo o estricto. A esta conclusión se llega tomando en cuenta que la diligencia, cuya prueba es impuesta al deudor en virtud del inciso tercero del artículo 1563 del CC, no excluye la responsabilidad. Poco importan los esfuerzos realizados por el deudor en cumplir el resultado si el resultado no es alcanzado, pues precisamente en él consisten el proyecto contractual y el interés del acreedor.

Así, al no existir un criterio subjetivo que califique la conducta del deudor al momento de incumplir su obligación, el elemento primordial es el incumplimiento, debiendo existir, además, un daño y un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño. No obstante, sobre este último requisito se requieren algunas precisiones pues, al consistir la causalidad en una verdadera imputación de la conducta al acto u omisión del deudor —que genera incumplimiento—, su distingo frente a la culpabilidad se difumina.

Quienes abogan por la posición contraria a la que se defiende en este artículo han señalado, de acuerdo con lo sostenido por Ospina Fernández, que afirmar que la teoría de la culpa:

> solo tiene operancia en las obligaciones de medio y no en las obligaciones de resultado […] carece de razón jurídica por una simple razón: ambas obligaciones pueden incumplirse y, por lo tanto, ante el incumplimiento hay que indagar si hubo culpa o, si por el contrario, se está ante un caso fortuito o una fuerza mayor[70].

En el mismo sentido, Abeliuk señala que, en obligaciones de resultado, el acreedor no debe probar nada respecto del elemento incumplimiento, mientras

68 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006): 680, citado en Pizarro Wilson, "Responsabilidad civil médica", 244.

69 Rozo Sordini, "Las obligaciones de medios y de resultado", 139.

70 Guillermo Montoya Pérez, "De la culpa en el campo del acto jurídico", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 94 (noviembre 1994): 68, https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/es/article/view/4399/4089. Ver Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 1980).

que el deudor deberá acreditar, en caso de cumplimiento, que alcanzó el resultado ofrecido. Si, por el contrario, el deudor no obtuvo el resultado ofrecido, deberá probar, según este autor, "que no hubo culpa suya en ese hecho"[71].

Lo que dicha posición no toma en cuenta es que, en realidad, equipara la culpabilidad con la inexistencia de una causa extraña, es decir, caracteriza la culpabilidad simplemente con un criterio de atribución subjetiva del incumplimiento. Este trabajo de ninguna manera pretende negar el rol que juega en la determinación de la responsabilidad contractual la existencia de la fuerza mayor, el caso fortuito o cualquier otra causa extraña. De hecho, en opinión de este ensayo, la existencia de tales circunstancias no permitiría responsabilizar al deudor por el incumplimiento. Sin embargo, la liberación de responsabilidad no ocurre porque el deudor no sea culpable, sino porque el incumplimiento no le es imputable.

El problema de equiparar la culpa a la ausencia de dichas circunstancias es que no se trata a la culpabilidad como un requisito autónomo, sino simplemente como un factor de imputación. Este factor de imputación, en última instancia, es analizado desde la perspectiva de la causalidad, siendo esta caracterización de la culpa distinta de aquella relacionada con el incumplimiento de la obligación.

Respecto de la fuerza mayor y el caso fortuito, la doctrina ha entendido que "descartan la responsabilidad, en tanto exista ausencia de causalidad entre su producción y la culpa del deudor no cumplido, y sí verificándose causalidad entre la causa extraña y el no cumplimiento"[72]. En este sentido, se entiende que la causalidad es una "relación entre un acto o actividad y un hecho dañoso" y una "vinculación entre ese hecho dañoso y un daño singular o consecuencia dañosa singular"[73]. De modo general, Tamayo Jaramillo ha entendido que la ocurrencia de una causa extraña se considera una "ruptura del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima"[74]. En consecuencia, señala que "la ausencia de culpa conduce a una causa extraña"[75].

Así, queda claro que la prueba de una causa extraña no excluye la culpabilidad entendida como una forma de conducta tendiente a la obtención de resultado y, por ende, como un requisito diferenciado de la responsabilidad, sino que simplemente excluye la causalidad.

71 Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, 220-221.

72 Camilo Armando Franco Leguizamo, "Caleidoscopio de la fuerza mayor (derecho comparado e internacional)", *Revista E-Mercatoria* 8, n.º 1 (junio 2009): 11, https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2037.

73 Hugo Acciarri, *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009) 255, citado en Jorge Mario Galdós, "Relación de causalidad y previsibilidad contractual", *Revista de responsabilidad civil y seguros* 17, n.º 10 (octubre 2015): 19-33, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5275409.

74 Tamayo Jaramillo, "Las causales de exoneración", 71.

75 Ibid., 77.

5.2.2. La prueba de la diligencia como obligación derivada de la buena fe

Ahora bien, parecería ser que otro caso en el que se podría considerar la culpabilidad como un requisito para la configuración de la responsabilidad civil sería cuando de la naturaleza del contrato se desprende alguna obligación secundaria derivada de la buena fe. Ejemplos de este tipo de obligaciones serían la que tiene el depositario no de devolver, sino de custodiar el bien; la que tiene el comodatario no de restituirlo, sino de conservarlo; y la que tiene el vendedor no de entregarlo, sino de mantenerlo en buenas condiciones hasta la exigibilidad de la obligación.

En los casos mencionados, si tales obligaciones secundarias derivadas de la buena fe fuesen incumplidas, la prestación de resultado debida sería cumplida imperfectamente. Esto, en última instancia, significa también incumplimiento, pues el resultado esperado por el acreedor, es decir, en los casos expuestos, recibir los bienes en buenas condiciones, no se cumpliría.

Esta situación podría ilustrarse en el caso de una compraventa de un automóvil específico que no está destinado naturalmente a la participación en carreras. Supóngase que la exigibilidad de la obligación de entrega del auto se encuentra suspendida hasta una fecha futura. Mientras tanto, supóngase que el deudor concurre a una carrera de autos y colisiona con otro, deteriorando significativamente la cosa debida. Parecería que, en este caso, la culpabilidad, expresada como negligencia en el cumplimiento de las obligaciones secundarias derivadas de la buena fe, sí es relevante para la determinación de la responsabilidad contractual del deudor.

Sin embargo, según el criterio de este artículo, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la buena fe, que en este caso consisten en cuidar la cosa debida, comporta incumplimiento de la obligación de resultado. No emplear la diligencia debida en la ejecución de la obligación de resultado consistente en la entrega del auto no constituye un elemento distinto al incumplimiento, sino que comporta incumplimiento *per se*, siendo este el único caso en que la culpa lo configura. Esto se debe a que el acreedor podría negarse a recibir el auto deteriorado al no ser aquel el objeto de la prestación a cuyo cumplimiento se comprometió el deudor. No obstante, aquello no quiere decir que la prueba de la diligencia releve al deudor de probar el cumplimiento, sino que la falta de observancia de tal diligencia podría comportar insatisfacción del interés del acreedor. Así, la responsabilidad contractual quedaría configurada, no por la culpabilidad, sino por el incumplimiento.

La Corte Suprema de Chile se vio abocada a conocer un caso relevante en este análisis en el marco de un contrato de educación para el desarrollo de un viaje de estudio por parte de un grupo de estudiantes. Si bien la obligación principal era de resultado, pues consistía en trasladar al grupo hacia su destino y de vuelta a su hogar, la Corte señaló que, en ese tipo de contratos, el deber de cuidado y seguridad que debe observar el deudor es de especial relevancia, incluso si las estipulaciones contractuales no lo establecen[76]. Así, la Corte chilena acoge una combinación de la interpretación de la culpa como falta de observancia de las obligaciones que, de buena fe, se desprenden de los contratos[77].

En estos casos, la prueba de la diligencia en la observancia de las obligaciones secundarias derivadas de la buena fe únicamente liberaría de responsabilidad al deudor frente a la ocurrencia de una causa extraña que haya ocasionado su incumplimiento y que, aun pese a su diligencia, no haya podido evitarse, como se explica a continuación.

5.2.3. La prueba de la diligencia como forma de evitar la ocurrencia de una causa extraña superviniente

La jurisprudencia ecuatoriana, al igual que en todas las discusiones presentadas a lo largo de este trabajo, tampoco ha sostenido una opinión uniforme respecto del rol de la diligencia como una forma de evitar la ocurrencia de causas extrañas supervinientes. Por un lado, ha resuelto cuestiones de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado sin tomar en cuenta la culpabilidad entendida como falta de observancia de las actividades tendientes a evitar una causa extraña. Por otro, ha señalado que la diligencia empleada para impedir la ocurrencia de una causa extraña sí podría servir al deudor para librarse de responsabilidad.

En cuanto al primer criterio, la Corte Suprema de Justicia no analizó la diligencia que tuvo o debió haber tenido el arrendatario para evitar un incendio ocurrido en el bien arrendado. En cambio, señaló que la pretensión de pago de indemnizaciones por los daños causados por el incendio "no puede ser considerada, porque la reparación solo cabe cuando el daño es consecuencia directa de una acción u omisión del demandado y, según la conclusión que consta en el parte informativo […], la compañía demandada no tuvo responsabilidad en el flagelo"[78].

El segundo criterio fue presentado por la Corte Suprema de Justicia en un caso de transporte de mercaderías en el que se encargó a un tercero el cumplimiento

76 Caso 1089-2009, Corte Suprema de Justicia de Chile, 7 de septiembre de 2010, considerando decimotercero.
77 Ibid.
78 Perlorey S. A. c Schlumberger Surenco S. A., Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 26 de mayo de 2010, considerando quinto.

de la obligación sin transmitir la petición del cargador respecto de la custodia de la mercancía que fue robada posteriormente. Ante la alegación de fuerza mayor por parte del porteador, la Corte Suprema de Justicia señaló que su culpa "está ligada a las medidas oportunas que para evitar el suceso dañoso debe adoptar un porteador prudente, precavido e inteligente"[79] y, por ello, decidió declarar la responsabilidad del porteador.

Ante tal falta de uniformidad, parece necesario referirse a los aportes doctrinales sobre el asunto que sí han esgrimido razones para afirmar que la prueba de la diligencia, entendida como el conjunto de actividades desplegadas para evitar la ocurrencia de una causa extraña superviniente como fuerza mayor o caso fortuito, exime de responsabilidad. Así, por ejemplo, Díez-Picazo señala que la diligencia conocida como promotora del cumplimiento de la prestación comprende "las actividades de preservación y de evitación de los eventos que puedan ponerla en peligro, causar daños o hacerla imposible"[80]. Por ello, Vidal Olivares y Brantt Zumarán han dicho que "el deudor debe acreditar que, pese a haber empleado tal diligencia [que le era exigible] frente al suceso extraño, el incumplimiento igualmente tuvo lugar, pudiendo así exonerarse de responsabilidad"[81]. Así, la diligencia a la que se refiere la doctrina citada no es más que un medio para configurar el caso fortuito que exime de responsabilidad al deudor únicamente si este ha actuado para evitarlo[82]. Entonces, esta es distinta a aquel requisito supuestamente autónomo que configuraría la responsabilidad contractual de acuerdo con su configuración tradicional.

La diligencia que se analiza en este capítulo no es más que un requisito derivado de la buena fe para poder alegar la existencia de una causa extraña superviniente, lo cual cobra relevancia únicamente en el análisis de causalidad, como se verá más adelante. Por otro lado, la diligencia exigida como un requisito de la responsabilidad contractual tiene que ver con el elemento subjetivo, que se relaciona con la caracterización del incumplimiento como doloso o culposo.

El artículo 1502 del CC prescribe que "[s]i antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, este se halla obligado a pagar el precio y a la indemnización de perjuicios"[83]. Si se acoge la interpretación de los autores citados, la primera hipótesis —de perecimiento de la cosa prometida por causa extraña, pero sin culpa del deudor— requeriría, para la extinción de la obligación, que el deudor hubiera hecho lo posible por evitar el perecimiento de la cosa debida y que, aun así, la cosa hubiera perecido. Sin embargo, si el

79 Diego Romero Ponce c. Metropolitan Expreso Cía. Ltda., Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 2002, considerando cuarto.

80 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Las relaciones obligatorias*, vol. II (Navarra: Civitas, 2008) 122, citado en Vidal Olivares y Brantt Zumarán, "Cumplimiento e incumplimiento", 279.

81 Vidal Olivares y Brantt Zumarán, "Cumplimiento e incumplimiento", 280.

82 Ibid.

83 Artículo 1502, CC.

resultado dañoso ocurriera aun en presencia de la actitud diligente del deudor, se habría quebrantado el vínculo de causalidad, no la culpabilidad como un requisito independiente.

Para ilustrar esta situación, supóngase que lo que se debe bajo condición suspensiva es un auto lujoso muy atractivo a los ojos de la delincuencia. Supóngase también que el deudor ha empleado todos los cuidados necesarios para evitar que el auto sea robado: le ha instalado un sofisticado sistema de alarmas, lo ha guardado en un parqueadero que cuenta con circuito cerrado de vigilancia y ha contratado a una persona para que lo cuide. Si aun a pesar de la diligencia del deudor condicional el auto fuere robado, la obligación, a simple vista, debería extinguirse.

No obstante, parecería que la alegación y subsecuente prueba de diligencia entendida de este modo —en relación con la causalidad— podrían perjudicar la posición de un deudor que pretende liberarse de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de resultado. En realidad, la exoneración de responsabilidad por la causa extraña sobrevenida pese a la diligencia del deudor no debería ocurrir en estricto sentido técnico puesto que, en tal caso, el carácter imprevisible que debe caracterizar al caso fortuito quedaría desvirtuado. Si el deudor señala que ha realizado todo lo posible por prevenir el robo del auto porque era una situación previsible, entonces el hecho del robo ya no podría considerarse fortuito y, por tanto, no excluiría su responsabilidad.

Más allá del tecnicismo, aun si se considerara que, efectivamente, la diligencia en prevenir la ocurrencia del caso fortuito fuera liberatoria de responsabilidad, se debe tomar en cuenta que, de todos modos, esta no descartaría la responsabilidad del deudor en todos los casos. Parecería, más bien, que la diligencia solo debe ser probada cuando ocurre caso fortuito o fuerza mayor. En consecuencia, la culpabilidad entendida de este modo no podría considerarse un requisito independiente para la configuración de la responsabilidad civil contractual. Al contrario, podría tratarse de un requisito derivado de la buena fe para alegar el caso fortuito o la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad, es decir, como un requisito para sostener falta de causalidad.

La consecuencia de considerar que la culpabilidad no es un elemento independiente de la causalidad o del incumplimiento para la configuración de la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado es de suma trascendencia. Si la culpabilidad no es un requisito de la responsabilidad civil en obligaciones de resultado, la prueba de la diligencia no serviría al propósito de exonerarla, puesto que, de todos modos, el resultado esperado de la ejecución del contrato no se habría cumplido.

De lo dicho se desprende que, en realidad, la culpabilidad no juega un papel configurador de la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado, pudiendo calificarse su régimen como objetivo, es decir, como uno que prescinde del elemento subjetivo de culpabilidad. Esto por cuanto, cuando la culpa no se asimila al incumplimiento o a la causalidad, la prueba de la diligencia, (i) en ausencia de causa extraña, no justifica el incumplimiento ni el cumplimiento defectuoso de la prestación; o, (ii) en presencia de causa extraña, únicamente serviría como un requisito para alegarla.

Bajo el entendido de que el régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultado es objetivo, para que esta se configure únicamente deberían comprobarse los requisitos de incumplimiento, daño y causalidad. Más aún, el acreedor solo debería probar la existencia de la obligación, pues "basta la afirmación del acreedor de no haber sido satisfecho para imponerle al deudor la carga de probar su cumplimiento o de justificar su no cumplimiento, so pena de responder por la indemnización de los perjuicios sufridos por tal motivo por el acreedor"[84].

Así, el deudor es quien debe probar que cumplió su obligación o que una causa extraña imposibilitó el cumplimiento para liberarse de la responsabilidad de reparar los daños provenientes de la inobservancia de su obligación contractual. De ese modo, la diligencia resulta relevante únicamente como un requisito derivado de la buena fe para la alegación de una causa extraña.

Por lo expuesto, el criterio de la jurisprudencia colombiana en cuanto a que en obligaciones de resultado la culpa se presume por lo establecido en el artículo 1604 del CC colombiano (idéntico al 1563 del ecuatoriano)[85] parece erróneo si es tomado sin ninguna otra consideración. Parecería que en obligaciones de resultado la presunción de culpa no resulta aplicable a la generalidad de los casos por cuanto esta no es un elemento configurador de la responsabilidad contractual. Así, la prueba de su existencia o falta no sería relevante para excluir el incumplimiento y tampoco para exonerar de responsabilidad en aquellos casos en los que no se alegue causa extraña. Es decir, la presunción de culpa es útil únicamente en los supuestos en los que el deudor sostiene la ocurrencia de una causa extraña.

En consecuencia, bien podría ocurrir que el acreedor no pruebe que el deudor actuó de forma culpable y que el deudor pruebe que actuó de forma diligente y aun así se pueda determinar responsabilidad civil contractual por la falta de

84 Fernando Hinestrosa, "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* 36 (diciembre 2018): 12, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7865417.

85 Corte Suprema de Justicia de Colombia, 19 de abril de 1993, citada en Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad D. G. y Cía. Ltda. c. Santander Investment Trust Colombia S. A., Sociedad Fiduciaria, Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 3 de agosto del 2000.

obtención del resultado. En *contrario sensu*, también podría el acreedor probar que el deudor actuó en forma negligente, el deudor no probó diligencia y, aun así, no existiría responsabilidad al demostrar el deudor que, independientemente de su actuación, la causa extraña habría impedido el cumplimiento de su obligación de resultado.

6. El verdadero rol de la culpa en las obligaciones de medio

Una vez revisado el rol de la culpabilidad en las obligaciones de resultado, se debe examinar si esta constituye o no un elemento independiente en la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones de medio. Las obligaciones de medio son aquellas en las cuales el deudor "compromete su prudencia y diligencia en la ejecución de un objeto que constituye en esos términos la prestación pactada"[86]. La diligencia, en las obligaciones de medio o de actividad, según la doctrina, "cumple dos funciones: además de la promotora del cumplimiento, actúa como integradora de la prestación"[87].

En cuanto a su función promotora del cumplimiento, se ha dicho que la diligencia "es necesaria para que este se verifique, es una herramienta para su concreción"[88]. Por otro lado, como integradora de la prestación, esta consiste "en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor"[89], independientemente de que tal resultado llegue a producirse o no. Esto quiere decir que la obtención del resultado deseado por el acreedor dependerá de una serie de probabilidades y de la intervención de causas que escapan del control de las partes, por lo cual este exigirá al deudor únicamente el despliegue de las actividades necesarias para intentar alcanzar tal resultado.

El concepto de la diligencia que se exige para que una obligación de medios sea considerada satisfecha recuerda a la definición a la que se acogió al inicio de este trabajo y que a continuación se transcribe: diligencia es el cuidado que debe emplearse al ejecutar una actividad con miras al cumplimiento de una obligación tal como fue pactada. Vale anotar, sin embargo, que la diligencia en las obligaciones de medio, más que nada, tiene miras a la obtención de un resultado que no necesariamente se obtiene, puesto que se conoce *a priori* que el resultado depende, como se dijo antes, de agentes externos o de una simple probabilidad. La obtención del resultado implicaría una satisfacción plena del interés del acreedor. No obstante, es aceptado

86 Daniel Garzón Arévalo y David Parada Vargas, "Las obligaciones de medio y de resultado y su incidencia en la carga de la prueba de la culpa contractual", *Universitas Estudiantes* 12 (diciembre 2015): 243, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7435892.

87 Vidal Olivares y Brantt Zumarán, "Cumplimiento e incumplimiento", 281.

88 Ibid., 279-280.

89 Daniel Peñailillo Arévalo, "Responsabilidad contractual objetiva", en *Estudios de Derecho Civil IV*, coord. Carlos Pizarro Wilson (Olmué: LegalPublishing, 2008).

que, en el caso de las obligaciones de medio, esa satisfacción no siempre ocurre, por lo cual el estándar de satisfacción del interés del acreedor se reduce hasta depender simplemente de la observancia de un comportamiento diligente por parte del deudor.

Un claro ejemplo para ilustrar esta posición es la obligación a cargo de un abogado que ha sido contratado para obtener una indemnización por daño moral. El abogado conoce que el interés de su cliente es ganar a su contrincante y, por ende, recibir la indemnización. Sin embargo, tanto cliente como abogado están conscientes de que existen agentes exógenos —como la subjetividad del juez, el nivel de preparación de la contraparte, pruebas desconocidas, etc.— que podrían alterar el resultado esperado por el cliente, incluso si el abogado tuviera un récord impecable de demandas por daño moral ganadas. Por eso, el cumplimiento de la obligación del abogado se medirá por el nivel de diligencia empleado con miras a ganar el juicio, independientemente de si lo gana o no.

Lo mismo ocurre con el caso de los médicos. Si un paciente acude a una consulta con una dolencia, su expectativa es que el médico alivie su padecimiento. No obstante, tanto médico como paciente están conscientes de que la medicina no es una ciencia exacta y que hasta un médico muy experimentado podría fallar en el diagnóstico o el tratamiento de su enfermedad por circunstancias propias de la biología del paciente, como una predisposición. Eso no significa que, de suceder aquello, el médico no habría cumplido su obligación, sino que lo habría hecho satisfactoriamente por simplemente haber actuado de manera diligente, empleando la *lex artis* de su profesión.

Para demostrar que la diligencia y el cumplimiento de obligaciones de medio son dos elementos que no pueden subsistir sin el otro, a continuación se describe lo ocurrido dentro de un caso resuelto por la jurisprudencia chilena. Una clínica fue acusada de incumplimiento de su obligación contractual de brindar atención médica y garantizar la seguridad de una paciente que había tratado de suicidarse la misma mañana en que fue internada. El personal de la clínica, pese a haber sido advertido del riesgo de suicidio, faltó a su deber de vigilancia de la paciente, lo que generó que esta tomara la vía conectada a su antebrazo y atentara contra su vida. De acuerdo con la Corte, la diligencia hubiese sido observada si se hubiera contratado un "auxiliar de enfermería individual o [dado] instrucciones de no dejar de mirar la cámara por menos minutos de diferencia que los aconsejables en general o no dejar la vía si la paciente iba a permanecer sola en la habitación"[90]. Según la sentencia de la Corte Suprema de Chile, confirmatoria de la decisión de segunda instancia, la clínica no observó el nivel de diligencia exigido por

90 Josefina Pía Escárate Lorca y otros c. Servicios Clínicos San Carlos de Apoquindo S. A. y otra, Corte Suprema de Justicia de Chile, 29 de enero de 2018, considerando decimosexto.

las circunstancias particulares del caso ni por el contrato, diligencia que, de haber sido observada, habría evitado la muerte de la paciente[91].

En ese caso, la Corte dijo que, al no haber observado el nivel de diligencia contemplado en el contrato y aquel nivel de diligencia excepcional dada la situación, la clínica incurrió en una conducta culpable "que causó daños gravísimos e irreparables en la demandante"[92]. Por ello, concluyó que "la clínica fue negligente para los estándares que se le pueden exigir y a los cuales ella misma se comprometió"[93]. Así, se determinó que la clínica era responsable civilmente de los daños ocasionados por incumplimiento del contrato. Es decir, tras el análisis de la Corte sobre la falta de diligencia en la que incurrió la clínica, no hizo falta revisar el incumplimiento de la obligación como un requisito adicional para configurar su responsabilidad.

Si bien la jurisprudencia ecuatoriana no se ha pronunciado respecto del rol de la culpa en las obligaciones de medio, es claro que el criterio de la jurisprudencia chilena es plenamente aplicable al caso ecuatoriano. Al ser la negligencia o falta de cuidado elementos constitutivos del incumplimiento de este tipo de obligaciones, es imposible separar la diligencia de la observancia de la prestación debida. Del otro lado, el cumplimiento de este tipo de obligaciones se prueba con la mera evidencia de que se empleó la diligencia que objetivamente era exigible al deudor. Esta variará según la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso, pero se verá matizada dependiendo de la parte que se beneficie del contrato o de la estipulación de los contratantes que puede modificar la regla contenida en el artículo 1563 del CC:

> Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.
> […]
> Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes[94].

Así, si bien en un inicio se afirmó que la definición más adecuada de culpa es aquella que no se confunde con el incumplimiento, es decir, la falta de diligencia o cuidado empleado por el deudor en el cumplimiento de su obligación, parecería que, en el caso de las obligaciones de medio, su distinción

91 Id., considerando decimotercero.
92 Id.
93 Id.
94 Artículo 1563, CC.

es difusa. Por eso, solo en este caso el presente artículo podría concordar con el criterio de Alessandri Rodríguez al afirmar que culpa es lo mismo que el incumplimiento[95]. Del criterio esbozado se desprende que —al no observar la diligencia exigida por el contrato, consistente en las actividades tendientes a satisfacer el interés del acreedor sin importar que en estas el ofrecimiento dé un resultado concreto— existe incumplimiento de la obligación.

En este sentido, Pizarro Wilson ha dicho que, cuando el cumplimiento de una obligación:

> se define por el despliegue de una conducta —obligaciones de diligencia o de medios—, […] al acreditar el incumplimiento se estaría al mismo tiempo probando la falta de diligencia, lo que redundaría en dejar sin efecto a la presunción de culpa del artículo citado [1547 inciso tercero del Código chileno, idéntico al 1563 del Código ecuatoriano][96].

Más allá de que vale hacer una acotación al respecto, este artículo concuerda con lo dicho por Pizarro Wilson, pues parece correcto afirmar que el incumplimiento se prueba a través de la falta de diligencia, sin poder desligar un elemento del otro. Así, si se prueba que se empleó la diligencia tendiente a la satisfacción del interés del deudor —que podría o no ser cumplido al pactarse una obligación de medio—, ya no será necesario probar que la obligación fue cumplida, pues el cumplimiento vendrá probado por la demostración de la diligencia.

Ahora bien, este artículo discrepa respecto de la eliminación de la presunción de culpa que, a criterio de Pizarro Wilson, ocurre en las obligaciones de medio. Al contrario, la presunción de culpa parece ser completamente aplicable al no existir distingo alguno al respecto en el tercer inciso del artículo 1563 del CC y, sobre todo, al ser la culpa un elemento fundamental en la determinación del incumplimiento. Además, considerar que la presunción de culpa se aplica plenamente al caso de las obligaciones de medio es concordante con una interpretación sistemática del ordenamiento.

La presunción de culpa y, por tanto, de incumplimiento, que recoge la disposición del tercer inciso del artículo 1563, no hace más que reafirmar lo prescrito por el artículo 1715 del CC, que prescribe que "[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta"[97]. En relación con la extinción de las obligaciones, el numeral 2 del artículo 1583 *eiusdem*

95 Alessandri Rodríguez, *Derecho civil*, 86-87.

96 Alejandra Aguad Deik y Carlos Pizarro Wilson, "Responsabilidad civil: La carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medio o diligencia. Corte Suprema, 7 de septiembre de 2010, ROL 1089-2009, N.º Identificador Legal Publishing 45464", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15 (diciembre 2010): 204, https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/download/300/284.

97 Artículo 1715, CC.

reconoce el pago como una forma de extinguir las obligaciones. Es así como, según una interpretación sistemática del Código, la prueba del cumplimiento de la obligación de medio correspondería al deudor, sea por vía de alegación de cumplimiento, en general, o de diligencia, en particular.

Habiéndose demostrado que culpa e incumplimiento son dos elementos inseparables para la determinación de responsabilidad por el incumplimiento de este tipo de obligaciones, es necesario determinar si la responsabilidad es subjetiva u objetiva. Como se ha hecho evidente hasta este punto, la culpabilidad no es un elemento independiente de la responsabilidad civil por incumplimiento de ningún tipo de obligación. De hecho, en el caso de las obligaciones de resultado se confunde con la causalidad y, en el caso de las obligaciones de medio, está ligado al incumplimiento.

A pesar de ello, como sostiene este artículo, resultaría erróneo afirmar que en todos los casos la responsabilidad contractual es meramente objetiva. En el caso específico de las obligaciones de medio, la culpa siempre está presente —aunque configurando otro elemento: el incumplimiento—, por lo cual jamás podría prescindirse de esta para determinar la responsabilidad de un deudor incumplido. Por esa razón, la caracterización del régimen de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de obligaciones de medio como subjetivo no ha sido desafiada.

7. Conclusiones

Tras el análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial referente al rol de la culpa en la determinación de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado y de medio, se ha hecho evidente que caracterizar al régimen como subjetivo genera severos cuestionamientos. Así, ha quedado claro que la culpa no es un elemento configurador —autónomo— de la responsabilidad civil contractual, ni en obligaciones de resultado ni en obligaciones de medio.

En el primer caso, si llega a dársele algún valor, se confunde con la causalidad, con el incumplimiento de obligaciones secundarias derivadas de la buena fe o con un impedimento para alegar causa extraña, sin constituir, por tanto, un elemento independiente de la responsabilidad. En consecuencia, en la hipótesis de incumplimiento de obligaciones de resultado, el régimen de responsabilidad civil es objetivo. En cambio, en el segundo caso, la culpa está atada al incumplimiento de forma tan estrecha que ambos conceptos parecen ser uno solo y, por ende, la subjetividad del régimen de responsabilidad por su incumplimiento es incontestable.

La importancia de la discusión presentada en este artículo y de la conclusión a la que se ha llegado radica, precisamente, en las posibilidades de liberación de culpa por parte del deudor incumplido en caso de haber mantenido una actuación diligente. Estas, en realidad, se ven absolutamente restringidas en lo relativo a las obligaciones de resultado y absolutamente amplias en el caso de las obligaciones de medio.

Aun pese a las limitaciones que supone el nulo análisis que la jurisprudencia ecuatoriana ha realizado sobre el tema y a la confusa regulación de la culpa en el CC, queda claro que el verdadero rol del elemento subjetivo en la determinación de este tipo de responsabilidad es controvertible. Sin embargo, lo que esta conclusión invita a preguntarse es: ¿por qué, después de siglos de desarrollo doctrinario y jurisprudencial relativo a la responsabilidad contractual, esta sigue siendo vista como inexpugnablemente subjetiva? ¿Son estos cuestionamientos aplicables únicamente a la responsabilidad contractual o también a la aquiliana?

Si bien tales interrogantes escapan al propósito del presente artículo, lo indiscutible es que la jurisprudencia no puede seguir insistiendo en la anacrónica inclusión de la culpa como un requisito autónomo de la responsabilidad contractual y en la incorrecta imposición de cargas probatorias a acreedores y deudores respecto de ella. Más bien, parece ser el momento para que las cortes empiecen a tratar la responsabilidad contractual como un régimen que exige la confluencia de únicamente tres requisitos: el incumplimiento, el daño y la causalidad.

LÓPEZ RIBADENEIRA MORA



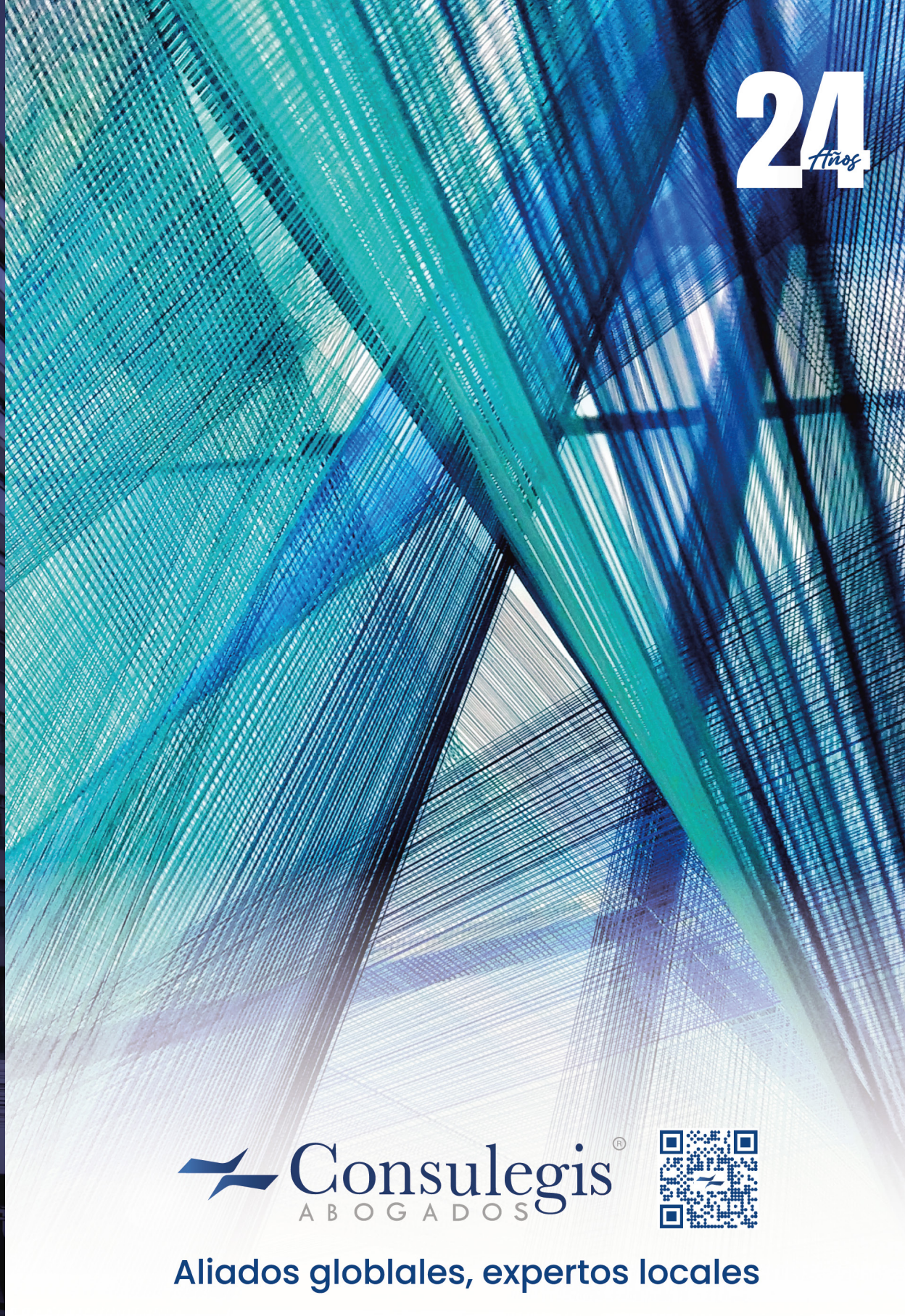
RANKED FIRM 2026
LEADERS LEAGUE

LATIN LAWYER
250
2026 RECOMMENDED FIRM

Chambers
RANKED IN
Latin America
2025

Legal500
LATIN AMERICA
2025

info@lopezribadeneira.com
+593 9964190413 - 2905873
Av. Orellana E9-195 y Av. 6 de Diciembre,
Ed. Alisal de Orellana, of. 502 - 504.
Quito - Ecuador


24 Años
Consulegis®
ABOGADOS
Aliados globlales, expertos locales

ECIJA GPA

Firma jurídica **reconocida** por los más **prestigiosos directorios legales internacionales,** entre otros: Chambers and Partners, Legal 500, Leaders League y Who's Who Legal.

+25 años de experiencia en el mercado ecuatoriano	**+1.400** profesionales	**+220** socios	**18** países

ECIJA GPA

info.ecuador@ecija.com

Quito
Av. 12 de Octubre, N26-97 y Lincoln
Edificio Torre 1492, 170516.
Piso 10, oficina 1005
Telf.: +(593-2) 2986528/29/30/31

Guayaquil
Av. Numa Pompillo Llona s/n
Puerto Santa Ana
Edificio The Point, Piso 8, oficina 806
Telf.: +593 43883007

Cuenca
Av. Roberto Crespo y Alfonso Uriguen
Telf.: +(593-7) 2817664

Manta
Calle M3 y Avenida 24
Edificio Fortaleza, piso 8
Telf.: +(593-5) 5003008

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

La dificultad probatoria del dolo y la culpa grave como factor de ineficacia de la acción de repetición en Ecuador

The Evidentiary Difficulty of Fraud and Gross Negligence as a Factor of Ineffectiveness of the Right of Recourse in Ecuador

Mateo Sebastián Polo Fajardo*

Recibido / Received: 22/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4398

Citación:
Polo Fajardo, Mateo. "La dificultad probatoria del dolo y la culpa grave como factor de ineficacia de la acción de repetición en Ecuador". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4398.

* Universidad del Azuay, estudiante de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, 9no semestre. Cuenca, Azuay, Ecuador. Correo electrónico: meteopolof@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0009-0002-7417-6087.

Resumen

La acción de repetición, consagrada en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, representa un mecanismo fundamental para garantizar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya generado una condena estatal. Sin embargo, su aplicación práctica ha sido notoriamente ineficaz. El presente artículo analiza, desde una perspectiva dogmática, procesal e institucional, las causas de este fracaso, con especial énfasis en la distorsión jurisprudencial que impone una *probatio diabolica* al exigir la demostración del fuero interno del funcionario bajo estándares penales de certeza irrefutable. Se concluye que la superación de este obstáculo epistemológico requiere abandonar el escrutinio psicológico en favor de un estándar normativo y objetivo de razonabilidad. A partir de la teoría contemporánea de la prueba, el análisis comparado del modelo colombiano y la evaluación dogmática de los recientes proyectos de ley orgánica presentados en la Asamblea Nacional (2025), se formulan propuestas de reforma orientadas a instituir presunciones legales, consolidar el deber de aportación probatoria y dotar de viabilidad material a esta figura.

Palabras clave

Acción de repetición; dolo; culpa grave; estándar probatorio; racionalidad epistémica; responsabilidad del Estado; derecho administrativo

Abstract

The right of recourse, enshrined in Article 11, paragraph 9 of the Constitution of the Republic of Ecuador, represents a fundamental mechanism for guaranteeing the financial liability of public servants whose intentional or grossly negligent conduct has resulted in a state judgment against them. However, its practical application has been notoriously ineffective. This article analyzes, from a dogmatic, procedural, and institutional perspective, the causes of this failure, with particular emphasis on the jurisprudential distortion that imposes a probatio diabolica by requiring the demonstration of the official's personal conscience under criminal standards of irrefutable certainty. It concludes that overcoming this epistemological obstacle requires abandoning psychological scrutiny in favor of a normative and objective standard of reasonableness. Based on contemporary evidence theory, comparative analysis of the Colombian model and dogmatic evaluation of recent organic law projects presented in the National Assembly (2025), reform proposals aimed at establishing legal presumptions, consolidating the duty to provide evidence, and giving material viability to this figure are presented.

Keywords

Right of recourse; intent; gross negligence; evidentiary standard; epistemic rationality; State liability; administrative law

1. Introducción

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye uno de los mecanismos fundamentales de protección de los derechos de los administrados frente a actuaciones antijurídicas de los poderes públicos. En el modelo constitucional ecuatoriano, esta institución no solo garantiza la reparación integral de las víctimas cuando la actuación estatal ocasiona daños antijurídicos, sino que también incorpora mecanismos destinados a evitar que las consecuencias económicas derivadas de conductas gravemente reprochables de los servidores públicos sean asumidas exclusivamente por el erario.

Dentro de estos mecanismos destaca la acción de repetición, prevista en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), mediante la cual el Estado está obligado a reclamar a los servidores o exservidores públicos el valor de las indemnizaciones pagadas a favor de terceros. Si bien la disposición constitucional establece el mandato general de ejercer esta acción en contra de "las personas responsables del daño producido"[1], el desarrollo normativo y la jurisprudencia constitucional posterior han delimitado que dicho mecanismo resarcitorio se activa cuando la conducta del funcionario ha estado mediada por dolo o culpa grave. Esta institución busca equilibrar dos objetivos complementarios: por una parte, garantizar una reparación efectiva a las víctimas de la actuación estatal y, por otra, asegurar que los funcionarios responsables asuman personalmente las consecuencias patrimoniales de su conducta cuando esta revista una gravedad especial[2].

No obstante, pese a la relevancia constitucional de esta figura, la experiencia comparada latinoamericana y los escasos estudios existentes sugieren que la acción de repetición ha tenido una aplicación limitada y resultados modestos en términos de recuperación efectiva de recursos públicos[3]. La doctrina ha señalado que, aun cuando diversos ordenamientos jurídicos reconocen la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales y establecen mecanismos para hacerla efectiva, la utilización práctica de estas acciones suele ser reducida y enfrenta múltiples obstáculos institucionales y procesales[4].

En este contexto surge una cuestión particularmente relevante para el caso ecuatoriano. Aunque el mandato constitucional de la acción de repetición es amplio, su diseño legal —desarrollado de forma expresa tanto en

1 Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008.
2 Guillermo Enríquez Burbano, "Ineficacia de la acción de repetición", *Ius Humani* 6 (febrero de 2017): 108-109.
3 Sergio Marzo-Vanegas, "La acción de repetición y la Constitución de la República del Ecuador", *Polo del Conocimiento* 2, n.º 6 (junio 2017): 782; cf. Enríquez Burbano, "Ineficacia de la acción", 119.
4 Juan Carlos Henao, *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 45; Manuel Urueta Ayola, *La acción de repetición: Una realidad jurídica* (Bogotá: Leyer, 2004), 33.

el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA)[5] como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC)[6]— exige la concurrencia de presupuestos materiales estrictos.

Uno de ellos presenta especiales dificultades: la acreditación judicial de que la conducta del servidor público se adecuó al estándar de dolo o culpa grave. El legislador ecuatoriano exige este alto umbral de imputación subjetiva, excluyendo otros grados de negligencia, con el fin de proteger la toma de decisiones y evitar la parálisis de la administración pública[7]. Sin embargo, a diferencia de otros elementos objetivos de la acción, como la existencia de una condena contra el Estado o el pago efectivo de una indemnización, el dolo y la culpa grave constituyen estados internos cuya demostración depende de complejos procesos inferenciales y probatorios[8].

Esta problemática adquiere especial relevancia desde la perspectiva de la teoría de la prueba. En efecto, demostrar que un funcionario actuó con dolo o culpa grave supone reconstruir circunstancias subjetivas que raramente pueden acreditarse mediante prueba directa, obligando a los jueces a recurrir a indicios, inferencias y valoraciones contextuales[9]. Ello plantea interrogantes acerca del estándar probatorio efectivamente exigido en la práctica judicial y sobre la posible existencia de una carga probatoria particularmente gravosa para las entidades estatales que ejercen la acción[10].

La presente investigación tiene como objetivo analizar la incidencia que posee la exigencia de probar el dolo o la culpa grave del servidor público en la eficacia de la acción de repetición en Ecuador. Parte de la hipótesis de que la dificultad probatoria asociada a estos elementos subjetivos constituye uno de los principales factores que limitan la efectividad práctica de este mecanismo, especialmente debido a la ausencia de reglas probatorias especiales, presunciones legales específicas o criterios jurisprudenciales uniformes que faciliten su acreditación.

5 Artículo 333, Código Orgánico Administrativo [COA], R. O. Segundo Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

6 Artículo 67, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R. O. Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

7 Si bien el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República enuncia el derecho de repetición de forma general contra las personas responsables, el ordenamiento secundario (específicamente el artículo 333 del COA y el artículo 67 de la LOGJCC) restringe expresamente esta acción a los casos de dolo o culpa grave. Dogmáticamente, esta limitación legal responde a la necesidad de evitar la denominada *parálisis administrativa*. Si el sistema obligara al servidor a responder con su patrimonio personal por cualquier tipo de culpa o negligencia simple, la toma de decisiones en la gestión pública se volvería inviable ante el temor constante a sufrir represalias económicas. Por ello, el legislador configuró un umbral de imputación subjetiva estricto, reservando la acción de repetición únicamente para las conductas revestidas del máximo nivel de reproche.

8 Daniel González Lagier, *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Ciudad de México: Fontamara, 2003), 62.

9 Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 41.

10 Marzo-Vanegas, "La acción de repetición", 783.

2. Naturaleza jurídica y presupuestos materiales de la acción de repetición

2.1. La responsabilidad patrimonial del Estado: origen y fundamento

La construcción dogmática de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene sus raíces en la superación del principio de irresponsabilidad soberana que durante siglos dominó el derecho público occidental. La célebre sentencia Blanco, del Tribunal de Conflictos francés de 1873, marcó un hito al reconocer que el Estado podía ser responsable por los daños causados a los particulares a través de sus agentes, sujetando dicha responsabilidad a reglas propias del derecho público y no a las del código civil. Desde ese momento, la doctrina administrativista ha elaborado progresivamente un sistema de responsabilidad estatal sustentado en principios de imputación objetiva, reparación integral y garantía de los administrados[11].

En el ámbito latinoamericano, la influencia española fue determinante. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 —posteriormente sustituida por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015— consolidó en España un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración pública que sirvió de modelo para diversas reformas constitucionales en la región[12]. En el caso ecuatoriano, el sistema de responsabilidad estatal en Ecuador evolucionó de forma fragmentada, sin una ley orgánica especial[13], hasta que la CRE consagró expresamente el deber estatal de reparación integral.

A diferencia de la responsabilidad civil privada, cuyo fundamento tradicional reside en el principio *neminem laedere* (no dañar a otro), la dogmática contemporánea de la responsabilidad patrimonial del Estado ecuatoriano descansa sustancialmente sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas. Bajo esta premisa doctrinal, la reparación pecuniaria actúa como el mecanismo indispensable para restablecer la igualdad ante las cargas públicas que ha sido quebrantada, equilibrando el sacrificio que un particular asume frente a una actuación estatal que busca beneficiar a toda la comunidad[14].

11 Jean Rivero y Jean Waline, *Droit administratif* (París: Dalloz, 2004), 307.

12 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2015), 378.

13 Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 210; Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 188.

14 Ignacio Covarrubias Cuevas y José Manuel Díaz de Valdés Julia, "La igualdad ante las cargas públicas como criterio para evaluar la constitucionalidad de limitaciones al derecho de propiedad", *Revista Chilena de Derecho* 48, n.º 1 (marzo 2021): 2, https://doi.org/10.7764/R.481.1.

Sobre esta base, el sistema constitucional y legal se erige en torno a tres pilares: primero, el principio de reparación integral del daño calificado o antijurídico[15] —entendido como aquel menoscabo patrimonial que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar—; segundo, el principio de responsabilidad objetiva del Estado por la actuación de sus agentes[16]; tercero, el principio de responsabilidad personal de los servidores públicos por sus actuaciones u omisiones[17]. La reparación integral, en este esquema, no se reduce a la indemnización económica, sino que comprende medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición y la obligación de investigar, juzgar y sancionar[18].

2.2. Fundamento constitucional de la acción de repetición

La acción de repetición halla su fundamento primario en el artículo 11, numeral 9, de la CRE:

> El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas[19].

Este mandato constitucional se complementa con el artículo 233, que dispone que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. Ambas normas configuran un sistema de doble responsabilidad: la del Estado frente al ciudadano lesionado y la del funcionario frente al Estado cuando su conducta ha sido dolosa o gravemente culposa. La finalidad de este diseño es dual: por un lado, garantizar la reparación efectiva de las víctimas sin dilaciones fundadas en la solvencia del funcionario individual; por otro, asegurar que el erario no absorba indefinidamente los costos derivados de conductas reprochables[20].

La naturaleza jurídica de la acción de repetición ha suscitado debates respecto de si su ejercicio constituye una facultad discrecional o un deber jurídico del

15 Artículo 333 y 334, COA.
16 Artículo 11, numeral 9, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
17 Id., art. 233.
18 Dictamen n.º 1-21-RC/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de febrero de 2021, párr. 21. Ver artículo 78, Constitución de la República del Ecuador, 2008; artículo 18, LOGJCC.
19 Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
20 Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 154. Ver Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2022, párr. 33.

Estado. En el caso ecuatoriano, la interpretación constitucional se ha inclinado por esta última posición. En efecto, el artículo 11, numeral 9, de la CRE dispone que el Estado "ejercerá de forma inmediata" el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, mientras que la jurisprudencia constitucional ha reconocido este mecanismo como una manifestación del principio de responsabilidad de los servidores públicos y de protección del patrimonio estatal[21]. Bajo esta comprensión, la acción de repetición se configura como una obligación constitucional cuya inobservancia podría generar consecuencias jurídicas para la Administración pública[22].

2.3. Naturaleza jurídica: el debate doctrinal

La determinación de la naturaleza jurídica de la acción de repetición no es un ejercicio meramente académico; de ella depende, en gran medida, la determinación del régimen procesal aplicable, el estándar de prueba exigible y el tribunal competente para conocerla. En la doctrina se han sostenido, al menos, tres posiciones principales.

La primera posición, de cuño civilista, sostiene que la acción de repetición es una modalidad de responsabilidad civil extracontractual ejercida por el Estado en calidad de sujeto agraviado. Bajo esta tesis, el Estado actuaría en posición de víctima que busca resarcimiento del daño causado por el funcionario, aplicándose las reglas generales del Código Civil sobre culpa, nexo causal y daño[23]. Esta posición tiene el mérito de ofrecer un régimen claro, pero presenta el déficit de ignorar las especificidades del derecho público y la naturaleza institucional de la relación Estado-funcionario: de hecho, asimilarla estrictamente al derecho privado constituye un error de calificación jurídica, pues la actuación estatal y la relación con sus agentes se rigen por principios propios del derecho público[24].

La segunda posición, de naturaleza administrativa, concibe la acción como un mecanismo de control de la actividad de los agentes públicos, encuadrable dentro del derecho disciplinario o sancionador del Estado. Bajo esta óptica, la repetición sería una consecuencia jurídica de la relación legal y de derecho público que vincula al funcionario con la Administración, asimilándola a un tipo de responsabilidad administrativa. Sin embargo, esta tesis tampoco es

21 Sentencia n.º 439-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de febrero de 2023, párrs. 29, 32. Ver Sentencia n.º 814-17-EP/23, párrs. 58-59; Sentencia n.º 71-17-EP/22, párrs. 33-36.

22 Al respecto, la LOGJCC, en su artículo 68, establece que: "En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra". Debemos recordar, sin embargo, que estas disposiciones aplican únicamente respecto de procesos de repetición originados tras sentencias de garantías jurisdiccionales.

23 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 72.

24 Tania Maritza Pérez Logroño e Iván Fernando Andrade Arrieta, "La acción de repetición y su eficacia en la recuperación de valores erogados por el Estado", *Resistances* 6, n.º 12 (julio 2025): 4.

plenamente satisfactoria, pues confunde la sanción administrativa o disciplinaria —cuyo propósito es el control del orden interno y tiene un carácter netamente aflictivo— con la pretensión estrictamente patrimonial y resarcitoria que distingue a la acción de repetición[25].

La tercera posición, que se estima como la más adecuada y concordante con la tendencia dominante en Colombia y España, configura la acción de repetición como una institución de derecho público autónoma, con naturaleza patrimonial y finalidad resarcitoria, que no se identifica completamente ni con la responsabilidad civil ni con el derecho disciplinario. Esta visión subraya que calificar a la repetición como una acción netamente civil es un equívoco legal, ya que se rige por reglas especiales y se ejerce a favor del interés público[26].

Dicha autonomía se justifica por las siguientes razones: (i) el legitimado activo es siempre el Estado o sus entidades; (ii) el legitimado pasivo es un sujeto que mantiene o mantuvo una relación de derecho público con el Estado; (iii) la procedencia de la acción presupone necesariamente la existencia de una condena previa o pago a un tercero; y (iv) los presupuestos de procedencia —restringidos normativamente al dolo y la culpa grave— tienen una connotación específica en el derecho administrativo que difiere de la acción puramente civil[27].

2.4. Presupuestos materiales de procedencia

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha sistematizado dogmática y procesalmente los requisitos para que proceda el ejercicio de esta acción. En la Sentencia n.º 71-17-EP/22, la Corte Constitucional determinó que deben confluir presupuestos insoslayables: la existencia de una condena contra el Estado y el pago total por concepto de reparación material a favor de la víctima; la comprobación de que la disposición de pago se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o culposa del funcionario; y, cuando la máxima autoridad sea la legitimada activa, la obligación de identificar previamente a los presuntos responsables mediante una investigación administrativa que no podrá extenderse por más de veinte días[28].

25 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 382.

26 Israel Soler Pedroza y William Guillermo Jiménez, "La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: Luces y sombras: Estado del arte", *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 9, n.º 16 (2009): 83-84.

27 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Bogotá: Legis, 2007), 99; Henao, *El daño*, 47.

28 Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2022, párrs. 34-35. Si bien al enumerar estos requisitos procesales el máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional utiliza la expresión genérica: "conducta dolosa o culposa", en la misma providencia precisa que el objeto central de la figura es hacer efectiva la responsabilidad patrimonial específicamente por "dolo o culpa grave". Esta limitación jurisprudencial guarda estricta concordancia con el artículo 67 de la LOGJCC y, de forma imperativa, con las disposiciones del COA, normativas que delimitan el umbral subjetivo exigible para evitar la imputación por negligencia simple.

2.4.1. Existencia de condena firme o pago estatal

El primer presupuesto de la acción de repetición es la existencia de una condena firme contra el Estado o el pago efectivo realizado a favor del particular lesionado. Este requisito actúa como condición de procedibilidad: sin que se haya materializado el perjuicio patrimonial al erario, no existe objeto de recuperación y la acción carece de sustento fáctico.

El presupuesto descrito se configura cuando el desembolso estatal obedece al cumplimiento de un título de ejecución. Por lo tanto, la obligación de pago no solo puede provenir de una sentencia judicial ejecutoriada o de un laudo arbitral[29], sino también de mecanismos alternativos, como un acta de mediación o una transacción aprobada judicialmente. Para ello, y conforme al ordenamiento ecuatoriano, estos acuerdos deben contar con la autorización ineludible de la Procuraduría General del Estado (en adelante PGE) para transigir[30].

Este elemento, a diferencia de los demás, no plantea mayores dificultades probatorias, puesto que es de estricta verificación documental. Es imperativo aclarar que la sola existencia del título de ejecución no es suficiente para accionar; se requiere acreditar documentalmente el desembolso efectivo. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado de manera estricta que el Estado debe haber pagado la totalidad por concepto de reparación material a favor de la víctima para que la acción sea procedente[31].

Lo anterior, sin embargo, plantea una cuestión temporal relevante: ¿desde qué momento se computa el plazo para ejercer la acción? El COA establece un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la fecha del pago, plazo que, como se verá, en la práctica suele transcurrir sin que la acción sea ejercida[32].

2.4.2. Individualización inequívoca del servidor público

El segundo presupuesto exige que el servidor, exservidor público o delegado cuya conducta u omisión generó la condena estatal sea plenamente identificado e individualizado. Esta exigencia busca evitar la responsabilidad colectiva difusa y asegurar que la pretensión resarcitoria se dirija contra quien efectivamente realizó el acto u omisión dañosa. En contextos de actuación institucional compleja —donde las decisiones son adoptadas por órganos colegiados,

29 Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2008), 471.

30 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el pago estatal que habilita la repetición debe sustentarse en un título de ejecución válido conforme al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos. Tratándose de acuerdos transaccionales o de mediación, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado exige la autorización previa de dicha entidad para que el Estado pueda transigir o someterse a métodos alternativos de solución de conflictos, garantizando así la legalidad del desembolso económico.

31 Sentencia n.º 71-17-EP/22, párr. 35. Ver, Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 12-13.

32 Artículo 344, COA.

con base en informes técnicos de múltiples dependencias o ejecutadas a través de cadenas de mando jerarquizadas—, esta individualización puede ser en sí misma un desafío considerable[33].

Para superar este obstáculo, la jurisprudencia constitucional y la normativa exigen que, previo a la presentación de la demanda judicial, la máxima autoridad de la institución legitimada determine la identidad de las personas presuntamente responsables a través de una investigación administrativa que no podrá extenderse por más de veinte días término. Esta obligación institucional persiste incluso si los presuntos infractores ya no laboran para la entidad; de no lograrse dicha identificación, recae sobre la PGE el deber de presentar la demanda de repetición directamente en contra de la propia máxima autoridad de la entidad[34].

Cuando la condena al Estado deriva de la actuación colectiva de varios funcionarios, la normativa ecuatoriana admite la responsabilidad solidaria, lo que permite al Estado demandar a todos los corresponsables y recuperar el total de lo pagado de cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones de regreso entre los propios codemandados[35]. Este esquema, sin embargo, exige en todo caso la identificación precisa de cada uno de los responsables individuales, lo cual no siempre es posible en estructuras burocráticas de gran complejidad.

2.4.3. El dolo o la culpa grave: el presupuesto conflictivo

El tercer presupuesto —y el que constituye el nudo crítico de la presente investigación— es la demostración de que el servidor público actuó con dolo o culpa grave. La exigencia de este elemento subjetivo diferencia sustancialmente a la acción de repetición de otras formas de responsabilidad estatal objetiva e introduce al proceso una dimensión probatoria de excepcional complejidad. Mientras que la responsabilidad del Estado frente al ciudadano puede ser declarada con independencia de la culpabilidad del funcionario, la acción de repetición exige un juicio de reprochabilidad subjetiva que trasciende la mera verificación de la ilegalidad de la actuación administrativa[36].

2.5. Diferencias con otras figuras jurídicas

La delimitación conceptual de la acción de repetición exige distinguirla de figuras jurídicas con las que podría confundirse. En primer lugar, la acción de repetición difiere de la responsabilidad administrativa o disciplinaria y de las glosas emitidas por la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), en

33 Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 159.
34 Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 35; Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 12-13.
35 Artículo 339, COA.
36 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 71-17-EP/22, párr. 35.

tanto estas últimas operan en sede administrativa como mecanismos de control de la legalidad del gasto y pueden generar responsabilidad civil-culposa sin que medie necesariamente una condena judicial previa ni el pago de una indemnización a un tercero. La glosa, en su configuración ecuatoriana, es un instrumento de la función de control que declara la responsabilidad individual del servidor por el perjuicio económico causado directamente al Estado, pero no requiere la concurrencia de dolo o culpa grave en todos los casos[37].

En segundo lugar, la acción de repetición es distinta de la responsabilidad penal del servidor público, pues esta persigue la imposición de una sanción de carácter aflictivo —pena de prisión, multa penal, inhabilitación— bajo criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad propios del derecho penal, que requieren una imputación individual de mayor intensidad. La concurrencia de responsabilidad penal no es condición necesaria ni suficiente para el ejercicio de la acción de repetición[38].

En tercer lugar, cabe señalar la diferencia con la acción de regreso española, prevista en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público[39]. Aunque comparte con la repetición ecuatoriana la misma finalidad —recuperar del agente público lo pagado por la Administración— el modelo español se activa únicamente en casos de dolo, culpa o negligencia grave, y se tramita como un procedimiento administrativo interno, sin que la Administración deba acudir necesariamente ante los tribunales contencioso-administrativos para demandar al funcionario. Esta diferencia procedimental tiene implicaciones relevantes en términos de agilidad y eficacia[40].

Finalmente, frente a la acción de repetición colombiana regulada por la Ley 678 de 2001[41], la ecuatoriana presenta una diferencia estructural decisiva: la inexistencia de presunciones legales de dolo y culpa grave. Como se examinará más adelante, este elemento hace que el modelo colombiano sea significativamente más efectivo en la práctica, al aliviar sustancialmente la carga probatoria del Estado.

37 Artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades; Acuerdo 002-CG-2025, R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. El reglamento actual detalla que esta responsabilidad civil culposa (tramitada mediante glosas u órdenes de reintegro) nace por la acción u omisión que causa un perjuicio económico directo o indirecto a los bienes y recursos públicos, generando una obligación indemnizatoria que debe ser resarcida por el sujeto de control, lo que la distingue conceptualmente de la repetición.

38 Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 105.

39 Artículo 36, Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE 236, 2 de octubre de 2015. El numeral 2 de dicha norma configura un mecanismo que opera de oficio en la propia sede administrativa: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento".

40 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 385.

41 Artículos 5 y 6, Ley 678 de 2001, Diario Oficial 44.509, 4 de agosto de 2001. A diferencia de Ecuador, la legislación colombiana provee presunciones explícitas que trasladan dinámicamente la carga de la prueba. Presume dolo, por ejemplo, cuando el acto administrativo ha sido declarado nulo por desviación de poder o falsa motivación; y presume culpa grave cuando el daño deviene de una infracción directa a la Constitución, a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación de funciones.

3. El nudo crítico procesal: la prueba del dolo y la culpa grave

3.1. La carga de la prueba en la acción de repetición

El punto de partida del análisis probatorio es la regla general sobre distribución de la carga de la prueba. El Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) establece en su artículo 169 que "la obligación de probar los hechos que se alegan corresponde a quien los propone"[42], lo que se traduce en que la entidad estatal que ejerce la acción de repetición —sea la PGE o la institución pública condenada— debe probar cada uno de los presupuestos de la demanda, incluyendo el elemento subjetivo de dolo o culpa grave del funcionario demandado.

Para comprender la magnitud de este problema probatorio, es imperativo distinguir entre el diseño teórico de estas categorías y su aplicación procesal práctica. Desde la dogmática contemporánea, la verificación del dolo y la culpa grave no debería implicar una indagación psicológica directa del fuero interno del agente. El artículo 29 del Código Civil ecuatoriano define a la culpa grave bajo un criterio estrictamente objetivo, referido a la falta de aquel cuidado que aun las personas negligentes emplearían[43].

En este sentido, la doctrina destaca que los estándares genéricos de diligencia apelan a la "razonabilidad" de la conducta frente a las circunstancias, evaluando el comportamiento mediante un contraste normativo y no mediante la introspección del agente[44]. Incluso respecto al dolo, la ciencia penal y civil moderna ha ido abandonando progresivamente la exigencia de un elemento puramente volitivo (la "intención" como deseo psicológico interno), redefiniéndolo prioritariamente como el conocimiento o la representación de la realización de la conducta típica[45].

En efecto, la epistemología jurídica actual subraya que los "hechos internos" o psicológicos (como el dolo) sí son susceptibles de prueba en el proceso, pero esta prueba nunca puede ser directa, sino indiciaria o inferencial, partiendo de la conducta externa y las circunstancias del contexto[46]. Para ello, resulta fundamental aplicar el «principio de racionalidad mínima, según el cual se presume que todo agente orienta sus acciones de manera instrumentalmente adecuada

42 Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
43 Artículo 29, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
44 Diego M. Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia", *Isonomía*, n.º 55 (agosto 2021): 63-64, https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i55.471.
45 Ramón Ragués i Vallès, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4 (2004): 13-16.
46 Santiago Martín Irisarri, "El razonamiento probatorio en la acreditación de hechos externos e internos", *Revista Jurídica Universidad Nacional del Oeste* 1, n.º 1 (diciembre 2023): 107-109, https://doi.org/10.64894/dv5ayx29.

a sus fines[47]. Así, la atribución de la intención no es un ejercicio de lectura de mentes ni una mera ficción normativa, sino una inferencia lógica y cognoscitiva fundamentada en máximas de experiencia objetivas y socialmente compartidas.

Sin embargo, la distribución clásica de la carga probatoria produce, en el contexto jurisdiccional de la repetición ecuatoriana, una asimetría estructural que favorece al funcionario demandado. Esto ocurre porque la judicatura contencioso-administrativa, alejándose del citado estándar objetivo y del razonamiento inferencial moderno, ha incurrido en la distorsión dogmática de exigir al Estado la demostración de la intencionalidad interna casi como si se requiriera una confesión. Quien asume la carga de alegar el dolo o la culpa grave es el Estado, pero quien tiene el acceso privilegiado a la información técnica, los informes previos y las razones fácticas que rodearon la decisión —elementos clave para contrastar la razonabilidad de la conducta— es el propio funcionario.

Exigir al Estado la demostración plena de un actuar deliberado, ignorando que el dolo puede y debe acreditarse mediante la prueba de indicios de la conducta externa, equivale a imponer una *probatio diabolica* que frustra el objetivo constitucional de protección del erario. Esta paradoja justifica imperativamente la aplicación de flexibilizaciones probatorias, como la teoría de las cargas dinámicas de la prueba[48].

La doctrina de las cargas dinámicas —de amplio desarrollo en Argentina y Colombia— postula que la carga de probar determinados hechos debe recaer sobre la parte que se encuentre en mejor posición epistémica para producir la prueba, con independencia de quién sea el demandante o el demandado[49]. Aplicada a la acción de repetición, esta doctrina implica que el funcionario demandado debe asumir un rol procesal activo para demostrar que su actuación estuvo exenta de dolo o culpa grave. De esta manera, el proceso se somete a un verdadero test de control de racionalidad epistémica respecto a la valoración de la conducta. Aunque tradicionalmente se ha afirmado que el ordenamiento procesal ecuatoriano mantiene una rigidez absoluta que castiga al Estado frente al servidor, existe una excepción normativa de vital importancia que acoge este principio de facilidad probatoria en el ámbito de la responsabilidad por inadecuada administración de justicia.

El artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), al regular el derecho de repetición del Estado contra los servidores judiciales, dispone expresamente que estos están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que

47 Daniel González Lagier, "La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima", *Jueces para la democracia*, n.º 50 (2004): 46-48.

48 Jorge W. Peyrano, "Cargas probatorias dinámicas", en *Cargas probatorias dinámicas*, dirigido por Jorge W. Peyrano (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004), 15; Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* (Bogotá: Temis, 2002), 488.

49 Ibid.

originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor[50].

La aparente inversión de la carga que sugiere esta disposición fue objeto de un profundo análisis por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 10-09-IN y acumulados/22. En dicho fallo, el máximo órgano de interpretación determinó que exigir a los servidores que aporten las pruebas a su disposición no vulnera la presunción de inocencia, sino que opera como un mecanismo para garantizar su derecho a la defensa dentro del debido proceso. Al declarar la constitucionalidad condicionada de dicho artículo, la Corte precisó que la norma no invierte *per se* la carga de la prueba —la cual recae invariablemente sobre la institución que activa la repetición—, sino que impone al servidor la obligación ineludible de aportar los elementos probatorios que estén a su alcance[51].

Este desarrollo normativo y jurisprudencial resulta trascendental para la eficacia de la acción de repetición en su conjunto. Institucionaliza en el derecho ecuatoriano un verdadero "deber de aportación y colaboración probatoria" fundado en la posición de ventaja epistémica del demandado. Si bien el Estado conserva la carga de persuasión inicial para demostrar la antijuridicidad y la inobservancia del deber objetivo de cuidado, el funcionario no puede ampararse en el silencio o en la inactividad procesal, estando compelido a introducir al proceso las pruebas exculpatorias que se encuentren bajo su dominio.

3.2. El problema epistemológico de probar estados mentales

La demostración judicial del dolo o la culpa grave enfrenta un obstáculo epistemológico de primer orden: los estados mentales de las personas —su intención, su conocimiento, su voluntad— no son directamente observables. A diferencia de los hechos físicos o materiales, que pueden acreditarse mediante evidencias sensoriales directas, los estados mentales solo son inferibles a partir de manifestaciones externas de la conducta[52].

Sin embargo, para comprender la magnitud de este problema probatorio, es imperativo distinguir entre el diseño teórico de estas categorías y su aplicación procesal práctica. Como ha consolidado la dogmática civil contemporánea, el juicio de culpabilidad ha superado la exigencia de probar un estado mental en su concepción puramente subjetiva, para centrarse en la evaluación de la conducta externa frente a un estándar normativo y objetivo de razonabilidad[53]. Incluso respecto al dolo, la ciencia penal y civil moderna ha ido abandonando

50 Artículo 33, Código Orgánico de la Función Judicial, R. O. Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.
51 Sentencia n.º 10-09-IN y acumulados/22, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de enero de 2022, párrs. 120-121.
52 González Lagier, *Quaestio facti*, 78.
53 Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre", 63-64.

progresivamente la exigencia de un elemento puramente volitivo, redefiniéndolo prioritariamente como el conocimiento o la representación de la realización de la conducta típica[54].

Desde la perspectiva de la teoría racionalista de la prueba, esta circunstancia no hace imposible la demostración de los estados mentales, pero sí la somete a exigencias especiales de racionalidad inferencial. La epistemología jurídica distingue con precisión entre prueba de hechos externos y prueba de hechos internos o intencionales, señalando que estos últimos requieren la construcción de máximas de experiencia sobre la conexión regular entre determinadas circunstancias objetivas y los estados mentales que típicamente los acompañan[55]. Para ello, resulta fundamental aplicar el principio de racionalidad mínima, que presupone que todo agente orienta sus acciones de manera instrumentalmente adecuada a los fines que persigue, convirtiendo la atribución de la intención en una inferencia lógica fundamentada en máximas de experiencia objetivas.

Estos procesos requieren la construcción de máximas de experiencia sobre la conexión regular entre determinadas circunstancias objetivas y los estados mentales que típicamente los acompañan[56]. Así, la intención dolosa de un funcionario podría inferirse válidamente de la reiteración deliberada de una conducta ilegal, del conocimiento previo de la ilegalidad acreditado por informes o advertencias formales o de la existencia de un beneficio personal derivado de la decisión impugnable[57].

La dificultad probatoria asociada a la determinación del dolo o de la culpa grave no debe interpretarse como un obstáculo insuperable para la procedencia de la acción de repetición. Se reconoce que la atribución de estados mentales constituye una operación inferencial especialmente compleja, pues el juzgador no tiene acceso directo a los procesos internos de conocimiento o voluntad del agente[58]. En este sentido, el razonamiento probatorio relativo a estos estados es necesariamente inductivo y se encuentra marcado por un margen inevitable de incertidumbre; sin embargo, dicha incertidumbre es inherente a toda actividad de reconstrucción judicial de los hechos y no justifica la renuncia a efectuar el análisis probatorio[59]. Lo que corresponde al juez no es alcanzar una certeza absoluta acerca de la psicología del funcionario, sino determinar si las pruebas incorporadas al proceso constituyen una base racional suficiente para concluir, conforme al estándar probatorio aplicable, que la conducta fue ejecutada con dolo o culpa grave[60].

54 Ragués i Vallès, "Consideraciones sobre la prueba", 17-18.
55 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 91-98.
56 González Lagier, "La prueba de la intención", 46-48.
57 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2011), 439-448.
58 Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 95.
59 Michele Taruffo, *La prueba*, traducido por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008), 97.
60 Hanns Prütting, "Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 1 (2010): 459-460.

En el contexto ecuatoriano, el problema se agrava porque la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha desarrollado un cuerpo de criterios racionales para la valoración de la prueba indiciaria en procesos de repetición. Este vacío dogmático propicia un escenario procesal en el que ciertos operadores de justicia optan por traspolar principios propios del derecho penal, exigiendo una prueba directa del estado volitivo —casi equiparable a la confesión del funcionario—, lo cual resulta manifiestamente desproporcionado e irracional desde la epistemología jurídica. Que esta distorsión metodológica no constituye una simple hipótesis doctrinaria, sino una falencia real materializada en la judicatura nacional, queda documentado de forma paradigmática en el desarrollo procesal de la Sentencia n.º 439-17-EP/23 de la Corte Constitucional. Al revisar la decisión originaria, se evidencia que el Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo rechazó la demanda de repetición del Estado argumentando expresamente que la "garantía de la presunción de inocencia" a favor de los demandados hacía necesario establecer "irrefutablemente" la existencia del dolo o culpa grave, concluyendo que tal grado de certeza absoluta estaba ausente[61].

Para superar este estancamiento, resulta imperativo nutrirse de la experiencia comparada. La doctrina y jurisprudencia colombianas, por ejemplo, han consolidado elementos probatorios idóneos para demostrar este elemento subjetivo de forma indirecta pero irrefutable. Entre ellos destacan: la aportación de fallos disciplinarios o penales previos que declaren la responsabilidad del agente a título de dolo; copias de actos administrativos que evidencien desviación del poder, falsa motivación o falta de competencia inexcusable; y dictámenes o testimonios que demuestren que el agente omitió el deber objetivo de cuidado frente a advertencias técnicas previas[62].

Desde esta perspectiva, la racionalidad de la decisión judicial ecuatoriana dependerá de que abandone la búsqueda de pruebas directas imposibles y exija que las inferencias que conectan los hechos objetivamente acreditados— indicios— con la conclusión sobre el estado mental del agente sean explícitas, lógicamente consistentes y susceptibles de control intersubjetivo.

3.3. El concepto de culpa grave en el derecho ecuatoriano

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 29, define la culpa grave o lata como "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios"[63].

61 Sentencia n.º 439-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de enero de 2023, nota al pie 2. "La garantía de la **presunción de inocencia** a favor de los demandados, **hacía necesario a la entidad demandante que establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave realizada por los agentes estatales**; cosa que en la especie está totalmente ausente… (sic). El proceso fue signado con el N.º 17811-2014-0259G" (énfasis añadido).

62 Daniella Stefania Meneses Ochoa y Cristhian Ferney Molina Hernández, *El dolo y la culpa grave en la acción de repetición en Colombia* (San José de Cúcuta: Universidad Libre de Colombia, 2021), 19-21.

63 Artículo 29, CC.

Esta definición, heredada del Código de Bello y con raíces en el derecho romano (*culpa lata dolo aequiparatur*), establece un umbral mínimo de diligencia cuya infracción configura la culpa grave: si incluso el negligente habitual habría actuado de otra manera, el sujeto actuó con culpa grave.

En el plano del derecho administrativo, la determinación de la culpa grave bebe directamente de los fundamentos de la responsabilidad civil. Como ha reconocido la propia jurisprudencia contencioso-administrativa ecuatoriana, la institución jurídica de la repetición tiene por objeto la determinación de una responsabilidad eminentemente de carácter civil, por lo que el análisis de la culpa es inherente a dicho concepto. Así como en el derecho privado la negligencia se analiza a la luz de la *lex artis* y el estándar genérico de conducta se construye exigiendo el comportamiento de una persona razonable puesta en las mismas circunstancias en las que se hallaba el agente, el derecho público traslada esta misma lógica a la actuación estatal[64].

De este modo, el estándar de diligencia exigible a un servidor público no se mide en abstracto, sino que la denominada teoría del servidor público diligente exige evaluar la conducta en estricta relación con las competencias, el marco normativo y los recursos disponibles para el cargo específico[65]. Un alcalde, un juez o un ministro poseen obligaciones de diligencia cualificada que difieren sustancialmente de las de un auxiliar administrativo; por tanto, la culpa grave administrativa debe medirse siempre determinando si la inobservancia de los deberes fue de tal magnitud que un funcionario de su misma jerarquía y especialidad, situado exactamente en idénticas circunstancias, no la habría cometido.

La frontera entre la culpa leve y la culpa grave es en sí misma un terreno de notable indeterminación. La doctrina ha propuesto diversos criterios para trazarla: la gravedad del incumplimiento en relación con los deberes del cargo, el carácter manifiesto o inequívoco de la ilegalidad del acto, la existencia de advertencias o informes previos que alertaban sobre la ilegalidad y la posibilidad razonable de que el funcionario conociera la antijuridicidad de su conducta[66]. En todo caso, como señala, la culpa grave no equivale a simple negligencia o descuido excusable, sino que supone una inobservancia tan grosera de las obligaciones del cargo que resulta difícilmente compatible con la buena fe[67]. Esta "grosería" en la conducta es precisamente lo que permite que el control administrativo, a través de los instrumentos de la CGE, identifique una responsabilidad que trasciende el error técnico y se posiciona como una inobservancia deliberada o temeraria de los deberes fundamentales[68].

64 Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre", 63.
65 Rivero y Waline, *Droit administratif*, 312.
66 Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 105.
67 Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.
68 Ver artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades, Acuerdo 002-CG-2025, R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. El reglamento establece que la responsabilidad administrativa culposa deriva de la inobservancia de disposiciones legales y el incumplimiento de atribuciones y deberes previstos en el ordenamiento jurídico, configurándose como un estándar técnico para evaluar la falta de diligencia del servidor.

3.4. El concepto de dolo en sus diversas dimensiones

En el derecho ecuatoriano, el dolo presenta dimensiones que varían según la rama jurídica en que se analice. El artículo 29 del Código Civil lo define como "la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro"[69]. Esta definición exige, en su dimensión civil, un binomio insoslayable: un elemento cognitivo (conocimiento de la antijuridicidad del acto) y un elemento volitivo (intención de producir el daño).

Por su parte, la dogmática penal comprende el dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, con variantes de dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias y dolo eventual[70].

En el derecho administrativo, la naturaleza de la acción de repetición exige una reconfiguración de esta categoría. El dolo del funcionario no requiere necesariamente la intención de perjudicar al ciudadano afectado —aunque puede incluirla—, sino que abarca también los casos en que el servidor actúa con plena conciencia de la ilegalidad de su conducta y no obstante la ejecuta. Esta concepción amplia del dolo administrativo, que incluye el llamado "dolo de conocimiento", resulta más adecuada para la acción de repetición, pues permite abarcar supuestos frecuentes en que el funcionario no persigue un daño específico, sino que actúa con una indiferencia consciente frente a la norma y hacia las consecuencias jurídicas de su proceder[71].

Esta distinción es fundamental para la eficacia del mecanismo, ya que la acción de repetición no es una vía para imponer penas aflictivas, sino un instrumento de naturaleza patrimonial y resarcitoria destinado a garantizar la eficacia y moralidad de la función pública[72]. Si en el proceso de repetición se traspalara estrictamente el dolo penal— cuyo estándar es de mayor intensidad probatoria—, se vaciaría de contenido la protección del erario.

La falta de claridad sobre la prevalencia de una u otra concepción en el proceso contencioso-administrativo ecuatoriano constituye, hoy por hoy, una fuente de inseguridad jurídica que debe resolverse en favor de una interpretación funcional, donde el dolo administrativo sea valorado como la inobservancia deliberada y consciente del ordenamiento jurídico en el ejercicio de la potestad pública[73].

69 Artículo 29, CC.

70 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal: Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 495.

71 Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 162.

72 Ver Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 2-4. Los autores enfatizan que la repetición cumple una función preventiva y moralizadora, la cual no debe confundirse con la naturaleza aflictiva del derecho penal.

73 Soler Pedroza y Jiménez, "La acción de repetición como mecanismo moralizador", 74, 82. Los autores argumentan que la repetición es un mecanismo destinado a garantizar los principios de moralidad y eficiencia; por tanto, la interpretación del dolo en este ámbito debe ser aquella que facilite el cumplimiento de esta finalidad recuperadora y no la que la obstruya.

3.5. Estándares probatorios y su aplicación judicial

Uno de los problemas más significativos y menos estudiados en el ámbito de la acción de repetición ecuatoriana es la ausencia de un estándar probatorio claramente definido por la ley o la jurisprudencia. La teoría de la prueba distingue, al menos, tres estándares aplicables en distintos tipos de procesos: (i) la preponderancia de la evidencia o probabilidad prevaleciente, propio del proceso civil, que requiere que la hipótesis del demandante sea más probable que su negación; (ii) la prueba clara y convincente, aplicable en algunos ordenamientos a ciertos procesos civiles especiales; y (iii) la prueba más allá de toda duda razonable, reservada al proceso penal[74].

En el proceso civil-administrativo ecuatoriano, en ausencia de disposición expresa, la lógica del sistema apunta a que el estándar aplicable debería ser el de probabilidad prevaleciente, consistente con la naturaleza civil-patrimonial de la pretensión y con los principios de igualdad de armas y tutela judicial efectiva. Sin embargo, diversos estudios empíricos elaborados por otros autores en la doctrina nacional —como las investigaciones de Cascante y Vaca o Pérez y Andrade— exponen en sus resultados una tendencia judicial a aplicar un estándar de convicción sumamente exigente, equiparable a la certeza más allá de toda duda razonable propia del ámbito penal[75].

Esta premisa doctrinaria encuentra un sustento documental directo en la jurisprudencia contencioso-administrativa del país. La revisión de los fallos de instancia revela que la acreditación del elemento subjetivo constituye, en la práctica procesal, una barrera casi insuperable. Los tribunales rechazan sistemáticamente las pretensiones resarcitorias del Estado argumentando que la entidad accionante no logra precisar con exactitud la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, o bien exigen que dicha responsabilidad subjetiva cuente con una declaratoria judicial previa e ineludible[76].

74 Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, 35; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 99.

75 Ver Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 16-18; Dennys Gonzalo Cascante Cabezas y Pablo Miguel Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición en la jurisprudencia ecuatoriana", *Debate Jurídico Ecuador* 4, n.º 3 (2021): 244-259; Marzo-Vanegas, "La acción de repetición", 775-780. Ambos estudios empíricos sobre la jurisdicción ecuatoriana concluyen que la rigidez de los operadores judiciales al exigir pruebas directas y la inexistencia de un procedimiento ágil, sumado a la aplicación de estándares probatorios que no distinguen la naturaleza resarcitoria de la acción, explican la baja tasa de éxito de la repetición en el país.

76 Esta barrera probatoria se encuentra exhaustivamente documentada en múltiples sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, en el Proceso n.º 17811-2013-015969 se rechazó la demanda al considerar que no se logró determinar la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del funcionario. En similar sentido, dentro del Proceso n.º 17811-2013-3707**,** el tribunal concluyó que tales circunstancias subjetivas no concurrieron en la causa. En el Proceso n.º 17741-2016-0578, la judicatura desestimó la acción señalando que el Estado no precisó con exactitud la actuación dolosa o culposa de los demandados. En casos de exigencia extrema, como el Proceso n.º 17741-2015-0637, el juzgador llegó a requerir que se establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave, amparándose expresamente en la garantía de presunción de inocencia. Adicionalmente, en el Proceso n.º 17741-2016-0636, la judicatura desestimó la repetición fundamentando que los accionantes debían presentar como prueba una declaratoria judicial previa por dolo o culpa grave, la cual no existía al momento de demandar. Finalmente, en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Juicio n.º 17811-2019-00104), se negó la pretensión al carecer de una acreditación previa en sede judicial de la negligencia o culpa de los juzgadores.

Esta extrema severidad probatoria —que en casos documentados ha llegado al extremo de invocar la garantía de presunción de inocencia para requerir pruebas irrefutables— tiene como efecto práctico la casi imposibilidad de ganar un proceso de repetición mediante prueba indiciaria, por más robusta que esta sea[77], frustrando constantemente la recuperación de sumas millonarias para el erario[78].

Esta confusión de estándares se explica, en parte, por la gravedad de las consecuencias económicas que la condena en repetición implica para el funcionario demandado: la obligación de devolver sumas que pueden ser cuantiosas supone, en la práctica, una afectación severa de su patrimonio personal. Ello genera en los jueces una tendencia intuitiva a elevar el umbral de convicción necesario para condenar, asimilando el rigor probatorio al del proceso penal. Sin embargo, como señala Michele Taruffo, este razonamiento —aunque comprensible— es jurídicamente incorrecto, porque mezcla la magnitud de las consecuencias con el tipo de proceso[79].

Como bien advierte la doctrina, la decisión probatoria no puede descansar en la mera íntima convicción o en la gravedad de la afección al demandado, sino en la justificación racional del grado de corroboración alcanzado por las hipótesis en conflicto[80]. El juzgador debe motivar su decisión no solo sobre los hechos probados, sino también sobre aquellos que no alcanzarán el umbral requerido, explicitando por qué las pruebas aportadas —indiciarias o directas— son o no suficientes conforme el estándar de probabilidad prevaleciente[81].

La falta de este rigor metodológico en Ecuador no solo contraviene los derechos fundamentales al debido proceso y a la prueba, sino que desvirtúa la finalidad misma de la acción de repetición, convirtiéndola en un mecanismo de eficacia nula ante el rigorismo probatorio indebidamente aplicado.

3.6. La ausencia de presunciones legales en el derecho ecuatoriano

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el diseño probatorio de la acción de repetición se asienta sobre el principio clásico del derecho civil según el cual la

77 González Lagier, *Quaestio facti*, 85.

78 Cascante Cabezas y Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición", 255-256. Investigaciones empíricas que evalúan la eficacia de estas acciones concluyen que el Estado ha dejado de recuperar más de 29 millones de dólares en condenas —incluyendo fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— debido a la imposibilidad de acreditar el elemento subjetivo bajo los estrictos parámetros requeridos en juicio.

79 Ver Taruffo, *La prueba*, 102. Si bien se ha establecido que la acción de repetición constituye una institución autónoma de derecho público debido a la calidad de sus sujetos y del régimen jurídico de la función pública, su pretensión o finalidad última es netamente resarcitoria y patrimonial. Al no perseguir la imposición de una sanción aflictiva propia del *ius puniendi* estatal, el estándar para valorar la prueba no puede ser el de certeza más allá de toda duda razonable, sino que debe corresponder al umbral de probabilidad prevaleciente que gobierna la reparación de daños y la restitución de patrimonios.

80 Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 399-403.

81 Ibid., 472-475.

buena fe se presume y, por consiguiente, el dolo o la culpa grave deben probarse. Fiel a esta tradición, ni el COA, ni la LOGJCC, ni el COGEP establecen supuestos tasados en los que se presuma —siquiera *iuris tantum*— que el funcionario actuó con intención lesiva o negligencia inexcusable[82]. Si bien la presunción de buena fe constituye un pilar innegable del derecho común, la doctrina contemporánea de la responsabilidad advierte que, en ámbitos de alta asimetría informativa y complejidad probatoria, la exigencia inamovible de probar la culpa bajo las reglas ordinarias suele frustrar *de facto* la pretensión resarcitoria.

Por ello, para aliviar la carga probatoria y evitar la indefensión procesal, la tendencia en diversos ordenamientos modernos consiste en desarrollar mecanismos de flexibilización, que incluyen la configuración excepcional de presunciones legales de culpa frente a infracciones objetivas, directas y graves[83]. La renuencia del legislador ecuatoriano a incorporar este tipo de herramientas presuntivas traslada el peso íntegro de la prueba sobre el Estado, erigiéndose como uno de los factores más determinantes en la ineficacia práctica de esta institución a nivel local. Esta inoperancia normativa contrasta notoriamente con las soluciones adoptadas en el derecho comparado para sortear este mismo obstáculo epistemológico, como se evidenciará más adelante al analizar el modelo colombiano.

La ausencia de tales presunciones obliga al Estado a afrontar en cada proceso la prueba integral del elemento subjetivo desde cero, con total independencia de la gravedad o manifiesta ilegalidad del acto que originó la condena[84]. Así, aunque el acto administrativo que motivó la condena haya sido declarado nulo por violación flagrante de derechos constitucionales, o por haberse emitido con desviación de poder documentada, o por desconocer jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, el Estado deberá igualmente acreditar el dolo o la culpa grave mediante prueba independiente, sin que la gravedad del acto genere ninguna presunción a su favor.

Esta situación contrasta radicalmente con el modelo colombiano[85], que será analizado en la sección comparada, y revela una laguna normativa estructural que el legislador ecuatoriano ha dejado sin atender, pese a la experiencia comparada disponible.

82 Ver Artículo 344, COA; artículos 67-73, LOGJCC.

83 Josep Solé Feliu, "Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Revista de Derecho Civil* 5, n.º 1 (2018): 63-64. Aquí, aunque el autor habla de responsabilidad médica, la cita avala dogmáticamente que los ordenamientos crean presunciones legales para flexibilizar la prueba de la culpa frente a asimetrías de información.

84 Meneses Ochoa y Molina Hernández, *El dolo y la culpa grave en la acción de repetición en Colombia*, 6-9. Los autores sostienen que la exigencia de probar el elemento subjetivo sin presunciones constituye una "parálisis probatoria" que desnaturaliza la finalidad resarcitoria de la acción.

85 Ver artículos 5 y 6, Ley 678 de 2001, Diario Oficial 44.509, 4 de agosto de 2001. La norma colombiana no solo establece presunciones *iuris tantum*, sino que estas actúan como un mecanismo moralizador al obligar al agente a justificar su proceder ante actuaciones contrarias a derecho o sentencias vinculantes.

3.7. Balance crítico

El análisis desarrollado en esta sección permite identificar cuatro déficits estructurales que explican la parálisis probatoria de la acción de repetición en Ecuador: (i) la ausencia de reglas de distribución dinámica de la carga probatoria que trasladen al funcionario la obligación de justificar su conducta cuando el acto es manifiestamente ilegal; (ii) la indeterminación conceptual del dolo y la culpa grave en el ámbito administrativo, que genera inseguridad sobre qué conductas deben acreditarse; (iii) la traspolación indebida del estándar penal al proceso de repetición, que eleva injustificadamente el umbral de convicción exigido; y (iv) la ausencia de presunciones legales que faciliten la actividad probatoria del Estado ante supuestos paradigmáticos de mal ejercicio de la función pública. La combinación de estos factores convierte la acción de repetición en un mecanismo de eficacia casi nula en la práctica[86].

4. Obstáculos institucionales a la efectividad de la acción de repetición

4.1. El deber estatal de ejercer la acción: titularidad y legitimación activa

La CRE y el COA distribuyen la legitimación activa para ejercer la acción de repetición entre la máxima autoridad de la entidad condenada. El artículo 344 del COA establece que la institución que haya realizado el pago de la indemnización ordenada en sentencia deberá, dentro del plazo máximo de cuatro años desde el pago, iniciar las acciones de repetición correspondientes[87]. La PGE, en cumplimiento de su deber constitucional de patrocinio y defensa del Estado, puede coadyuvar o iniciar estas acciones de forma autónoma cuando la entidad directamente afectada omita su ejercicio[88].

Esta doble titularidad, lejos de fortalecer el sistema, genera en la práctica un fenómeno de difusión de responsabilidades: cuando tanto la entidad como la PGE tienen la facultad de actuar, es frecuente que ninguna lo haga. Esta disfunción organizacional, descrita en la teoría de la elección pública como el

86 Israel Soler Pedroza y William Guillermo Jiménez, "Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos", *Diálogos de Saberes* 36 (2012): 77-79. Aunque el estudio se centra en Colombia, los autores concluyen que la deficiencia probatoria y la falta de voluntad política son "factores estructurales de fracaso" compartidos por la región cuando no se optimizan las reglas de carga de la prueba.

87 Artículo 344, COA.

88 Ver artículo 237, n.º 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, R. O. 312, 12 de abril de 2004, art. 3; y Artículo 68, LOGJCC.

"problema del polizón institucional"[89], se agrava en contextos donde la acción —demandar a un exfuncionario— implica costos políticos o rompe solidaridades corporativas internas.

4.2. Incentivos institucionales insuficientes y la cultura de la omisión

El análisis de los incentivos que enfrenta la autoridad al momento de decidir si ejerce o no la acción de repetición revela una estructura que favorece sistemáticamente la omisión. En primer lugar, el ejercicio de la acción requiere una inversión de recursos humanos y económicos significativa: tiempo de asesores jurídicos, elaboración de informes, recolección de pruebas, sostenimiento del proceso judicial durante años. Estos costos son ciertos e inmediatos. En contraste, el beneficio patrimonial derivado del éxito de la acción —la recuperación de los fondos pagados— es incierto, lejano en el tiempo y, en muchos casos, irrecuperable si el funcionario carece de bienes suficientes para responder la condena.

En segundo lugar, demandar a un exfuncionario puede generar tensiones políticas al interior de la institución o entre instituciones, especialmente cuando el demandado fue nombrado por las mismas fuerzas políticas que controlan la entidad en el momento de ejercer la acción, o cuando existe solidaridad corporativa entre los funcionarios activos y los pasivos. Este factor ha sido documentado en Colombia como uno de los principales obstáculos para la efectividad de la repetición, incluso con un marco legal más favorable[90].

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de un régimen sancionatorio general y efectivo para la autoridad que incumple su deber de ejercer la acción de repetición dentro del plazo de caducidad. Si bien la LOGJCC contempla una sanción específica cuando la acción deriva de una violación de derechos en procesos constitucionales —permitiendo la interposición de una acción por incumplimiento contra la autoridad que omite demandar o asumir el patrocinio[91]—, esta herramienta es de alcance limitado al no cubrir la totalidad de los supuestos de responsabilidad patrimonial estatal. La ausencia de una consecuencia jurídica directa y general para quien omite la acción de repetición en casos civiles o administrativos —más allá de la

89 Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 45.

90 Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 77-79. Aunque el estudio analiza el caso colombiano, sus hallazgos sobre la "desidia administrativa" y el "espíritu de cuerpo" como barreras culturales son plenamente extrapolables al contexto ecuatoriano, donde la estructura jerárquica y el temor a represalias inhiben el ejercicio de la acción. Ver también Urueta Ayola, *La acción de repetición*, 58.

91 Artículo 68, LOGJCC. Este artículo dispone que, ante la omisión de la máxima autoridad en la interposición o patrocinio de la acción de repetición derivada de garantías jurisdiccionales, se faculta la interposición de una acción por incumplimiento, marcando una excepción al régimen de impunidad general que aqueja a la figura.

responsabilidad genérica del artículo 233 constitucional[92]— elimina el principal incentivo negativo para la conducta omisiva.

A diferencia de otros sistemas que han implementado mecanismos de control, el sistema ecuatoriano permite que la inacción de la autoridad quede, en la práctica, impune, consolidando una cultura administrativa en la que el ejercicio de la acción de repetición se percibe como una facultad potestativa y no como una obligación irrenunciable[93].

4.3. El rol de la Contraloría General del Estado y los sistemas paralelos

La CGE opera un sistema paralelo de responsabilidad a través de las glosas, que declaran la responsabilidad civil culposa de los servidores que han causado daño económico al Estado en el ejercicio de sus funciones o mediante el manejo de recursos estatales[94]. Teóricamente, el expediente administrativo de determinación de responsabilidades podría constituir el insumo probatorio idóneo para que las entidades estatales fundamenten una posterior acción de repetición, en tanto documenta de forma técnica la irregularidad y el nexo causal[95].

Sin embargo, esta articulación interinstitucional fracasa en la práctica debido a una desconexión material. Los sistemas operan sobre presupuestos distintos: las glosas buscan resarcir daños directos al Estado, mientras que la repetición exige como presupuesto indispensable el pago previo de una indemnización a un tercero por un daño antijurídico [96].

A esta divergencia de procedencia se suma una profunda incompatibilidad en los estándares de valoración. La CGE opera bajo un criterio de control de cuentas que no requiere demostrar la intencionalidad o la negligencia inexcusable —dolo o culpa grave—, elementos subjetivos rigurosos exigidos por el mandato constitucional para que proceda la repetición [97].

92 Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008. Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

93 Al respecto, ver la crítica sobre la impunidad institucional en Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 23-24, quienes señalan que la falta de consecuencias punitivas para el funcionario que omite ejercer la repetición es una causa central del fracaso sistémico.

94 Ver artículos 1 y 6, Acuerdo 002-CG-2025 [Reglamento de Determinación de Responsabilidades], R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. Este instrumento precisa que la responsabilidad civil culposa, tramitada mediante glosas u órdenes de reintegro, nace por la acción u omisión que causa perjuicio económico al Estado, generando una obligación jurídica indemnizatoria.

95 Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 70. Los autores identifican que la falta de articulación entre los órganos de control fiscal y los jueces contencioso-administrativos impide que el hallazgo administrativo se convierta en una prueba eficaz dentro del proceso de repetición.

96 Artículo 67, LOGJCC. La repetición es una acción que, a diferencia de la glosa, nace de la obligación estatal de reparar a una víctima tras una condena previa.

97 Artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades, Acuerdo 002-CG-2025. La norma diferencia claramente los supuestos de responsabilidad administrativa culposa de aquellos que requerirían un análisis subjetivo más profundo para una acción de repetición.

Este desfase técnico se agrava por un obstáculo procedimental: la sustanciación de las glosas suele prolongarse durante años, provocando frecuentemente la caducidad autónoma del derecho de repetición frente a la justicia contencioso-administrativa [98].

Lejos de complementarse, la inexistencia de un mecanismo legal vinculante que obligue a la CGE a coordinar sistemáticamente sus hallazgos con las entidades demandantes genera una severa fragmentación en la tutela del patrimonio público[99].

4.4. ¿Problema probatorio o problema institucional?

El análisis desarrollado permite responder a una de las preguntas centrales del presente estudio: ¿es la ineficacia de la acción de repetición en Ecuador primariamente un problema probatorio o un problema institucional? La respuesta, como suele ocurrir con los fenómenos jurídicos complejos, es que ambas dimensiones son reales y se retroalimentan mutuamente.

La dificultad probatoria para acreditar el dolo o la culpa grave es un obstáculo real y técnicamente identificable, que por sí solo desalentaría el ejercicio de la acción incluso en un sistema institucional con incentivos perfectos. Pero la debilidad institucional —la falta de incentivos para actuar, la ausencia de sanciones por omisión, la cultura de impunidad corporativa— agrava el problema y garantiza que incluso los casos en que la prueba sería relativamente accesible no lleguen a los tribunales. Resolver únicamente el problema probatorio sin atender la dimensión institucional, o viceversa, produciría mejoras parciales pero insuficientes. La reforma necesaria debe ser sistémica y abordar ambas dimensiones de forma simultánea.

5. Perspectiva de derecho comparado

5.1. El modelo colombiano: Ley 678 de 2001

El referente comparado más relevante para el análisis de la acción de repetición ecuatoriana es, sin duda, el modelo colombiano. Colombia cuenta con un sistema de repetición y llamamiento en garantía regulado de forma

98 Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 14-15. Los autores evidencian cómo la lentitud administrativa en la determinación de responsabilidades y la falta de plazos sincronizados con la acción judicial provocan la caducidad frecuente de los derechos del Estado.

99 Ibid., 25-27. Se subraya la necesidad de una unificación normativa que obligue a la Contraloría y a las entidades demandantes a coordinar información para evitar la dispersión de esfuerzos.

sistemática por la Ley 678 de 2001, que representó un hito en la región al abordar específicamente el problema de la prueba del elemento subjetivo mediante la creación de presunciones legales[100].

El artículo 5 de la Ley 678 de 2001 establece las presunciones legales de dolo, que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*). Conforme a dicha norma, se presume que el funcionario actuó con dolo, entre otros supuestos, cuando (i) la conducta del agente fue identificada como generadora del daño en una sentencia penal condenatoria; (ii) el funcionario expidió el acto desconociendo sentencias del Consejo de Estado o del Tribunal Constitucional; (iii) el servidor realizó una actividad con evidente manifiesta desviación de poder; (iv) el funcionario actuó en una posición de ventaja derivada del cargo para obtener un beneficio personal[101].

Por su parte, el artículo 6 de la misma ley establece las presunciones de culpa grave. Se presume esta modalidad cuando (i) el agente violó de manera manifiesta e inexcusable las normas de derecho; (ii) el funcionario asumió riesgos que no debía asumir dado el cargo que desempeñaba; (iii) el servidor actuó con violación al debido proceso administrativo; (iv) se omitió el cumplimiento de las funciones propias del cargo; (v) la acción o la omisión derivó en caducidad o prescripción de acciones judiciales[102].

El efecto práctico de estas presunciones es reestructurar el debate probatorio: el Estado queda relevado de la exigencia de acreditar, mediante complejas inferencias indiciarias, la configuración del dolo o la vulneración del estándar normativo propio de la culpa grave —tareas que en la práctica resultan probatoriamente arduas—. Su carga procesal se reduce a demostrar únicamente el hecho base objetivo que activa la presunción (v.g. que el funcionario expidió un acto manifiestamente contrario a jurisprudencia vinculante). Una vez probado este extremo fáctico, la presunción opera de pleno derecho y corresponde al funcionario demandado la carga de desvirtuarla, aportando prueba suficiente de que su actuar se encontraba justificado, por ejemplo, por un error invencible de derecho, fuerza mayor o caso fortuito[103].

El Consejo de Estado colombiano ha desarrollado una jurisprudencia relevante sobre la interpretación de estas presunciones, precisando sus alcances y limitaciones. En particular, ha señalado que las presunciones no convierten la acción de repetición en un sistema de responsabilidad objetiva,

100 Urueta Ayola, *La acción de repetición*, 62; Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 75-76.
101 Artículo 5, Ley 678 de 2001.
102 Id., art. 6.
103 Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 108.

sino que únicamente redistribuyen la carga de la prueba, manteniendo la posibilidad de que el funcionario pruebe causales de exclusión de su responsabilidad[104].

5.2. El modelo español: la acción de regreso

El ordenamiento español regula la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. La denominada *acción de regreso* permite a la administración exigir de sus autoridades y personal el reembolso de las indemnizaciones pagadas a los ciudadanos cuando hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia graves[105].

Una diferencia procesal fundamental respecto del modelo ecuatoriano es que la acción de regreso española se tramita, en primera instancia, como un procedimiento administrativo interno. La administración inicia el procedimiento de oficio, notifica al interesado y dicta resolución, que puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este diseño procedimental simplifica el ejercicio de la acción y no exige que la administración acuda directamente a los tribunales, lo que reduce los costos del proceso y facilita la recuperación en casos de menor cuantía[106].

Sin embargo, el modelo español tampoco ha logrado una aplicación masiva de la acción de regreso, lo que evidencia que el problema de la ineficacia no es exclusivo del diseño ecuatoriano o colombiano. La doctrina española ha señalado que la tendencia de las Administraciones a proteger a sus funcionarios y a evitar conflictos internos, combinada con la dificultad de identificar al responsable individual en decisiones institucionales complejas, opera como freno a la utilización del mecanismo[107].

5.3. Lecciones para Ecuador

La comparación de los modelos colombiano y español con la situación ecuatoriana permite extraer lecciones valiosas. Primera: la creación de presunciones legales de dolo y culpa grave —como las de la Ley 678 colombiana— constituye la intervención normativa más eficaz para reducir el obstáculo probatorio sin sacrificar las garantías del funcionario demandado.

104 Causa n.º 11001-03-26-000-2013-00108-00 (48016), Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 27 de agosto de 2015, 40-42. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En este precedente, el Consejo de Estado señala que la acción de repetición mantiene su naturaleza subjetiva y que las presunciones legales de dolo y culpa grave admiten prueba en contrario, garantizando al funcionario demandado la posibilidad de desvirtuarlas.

105 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 392.

106 Artículo 36, Ley 40/2015.

107 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 397.

Las presunciones *iuris tantum* permiten redistribuir la carga de la prueba sin establecer una responsabilidad objetiva, manteniendo la posibilidad de defensa plena del demandado.

Segunda: la tramitación de la acción como un procedimiento administrativo previo —como en el modelo español— puede reducir significativamente los costos y tiempos del proceso, haciendo más accesible el mecanismo para recuperar sumas menores. Tercera: ninguna reforma normativa será suficiente sin una transformación de los incentivos institucionales y de la cultura de la organización pública, que actualmente favorece la omisión sobre la acción. Los modelos comparados muestran que incluso con marcos legales más favorables, la efectividad práctica de la repetición sigue siendo limitada si los incentivos institucionales no están correctamente alineados.

6. Propuestas de reforma

6.1. Tipificación de presunciones legales de dolo y culpa grave

La reforma más urgente y de mayor impacto en la efectividad de la acción de repetición es la incorporación, en el COA o en una ley especial, de presunciones legales *iuris tantum* de dolo y culpa grave inspiradas en el modelo colombiano, pero adaptadas a la realidad institucional ecuatoriana[108]. Estas presunciones deben estar asociadas a supuestos objetivamente verificables que evidencien, en términos de racionalidad epistémica, una alta probabilidad de conducta dolosa o gravemente culposa.

Entre los supuestos que debería contemplar la presunción de dolo se proponen los siguientes: (i) cuando el acto que generó la condena desconoció expresamente sentencias vinculantes de la Corte Constitucional o fallos del tribunal contencioso-administrativo; (ii) cuando el funcionario emitió el acto en situación de evidente conflicto de intereses no declarado; (iii) cuando existía informe jurídico previo que advertía expresamente sobre la ilegalidad de la conducta y el funcionario lo ignoró sin justificación motivada; (iv) cuando la conducta fue calificada como dolosa en sentencia penal ejecutoriada.

Entre los supuestos de presunción de culpa grave se propone incluir: (i) cuando el funcionario expidió un acto sin motivación alguna en materia de derechos fundamentales; (ii) cuando la condena al Estado derivó de la violación de garantías básicas del debido proceso administrativo imputable al funcionario;

108 Ver Procuraduría General del Estado, *Proyecto de Ley Orgánica de Repetición* (Quito: Procuraduría General del Estado, 2025). El proyecto busca superar los vacíos dejados por la dispersión normativa actual al establecer una regulación integral, sistemática y especializada.

(iii) cuando la caducidad o prescripción de una acción que perjudicó al Estado se debió a la omisión o inacción del funcionario competente; (iv) cuando el servidor incumplió de forma manifiesta los manuales de funciones o protocolos de actuación aplicables a su cargo.

6.2. Clarificación del estándar probatorio y carga dinámica

El legislador debe establecer expresamente que el estándar probatorio aplicable en la acción de repetición es el de probabilidad prevaleciente o preponderancia de la prueba, propio del proceso civil-patrimonial, y no el estándar penal de certeza más allá de toda duda razonable. Esta aclaración eliminaría la confusión jurisprudencial actual y reduciría el umbral de convicción requerido a un nivel compatible con la naturaleza resarcitoria de la pretensión.

Complementariamente, el texto normativo debe acoger la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba para los procesos de repetición, estableciendo que cuando el Estado acredita el hecho base de la ilegalidad manifiesta del acto, corresponde al funcionario demandado aportar la prueba que justifique la razonabilidad de su actuación. Esta regla instituye, en estricto sentido, una auténtica inversión de la carga de la prueba; no obstante, dicha inversión se encuentra plenamente justificada por la abrumadora ventaja epistémica del servidor frente a la Administración pública, resultando constitucionalmente idónea y compatible con las garantías del derecho a la defensa[109].

6.3. Obligatoriedad reforzada y consecuencias por omisión

Para corregir los déficits institucionales identificados, es necesario establecer consecuencias jurídicas directas y efectivas para la autoridad que omita ejercer la acción de repetición dentro del plazo de caducidad. Se propone que la máxima autoridad de la entidad pública que, sin emitir un informe jurídico motivado que justifique la inviabilidad de la acción, deje prescribir el plazo para ejercer la repetición, responda patrimonialmente de forma solidaria por el monto total de la condena original frente al erario.

Esta propuesta busca alinear los incentivos de las autoridades públicas con el mandato constitucional de ejercer la repetición de forma inmediata. La responsabilidad por omisión debe activarse únicamente cuando la inacción sea injustificada: si la autoridad emite un informe jurídico motivado que da cuenta de la inviabilidad probatoria o jurídica de la acción, la omisión queda justificada y no genera responsabilidad adicional.

109 Peyrano, "Cargas probatorias dinámicas", 22.

6.4. Unificación normativa y los proyectos de ley en la Asamblea Nacional

La dispersión actual de la normativa —fragmentada entre el COA, el COGEP, el COFJ y la LOGJCC— ha generado antinomias procedimentales que lastran la eficacia del mecanismo[110]. Para solventar este déficit estructural, resulta indispensable analizar las iniciativas legislativas recientes. Aunque en 2021 existió un proyecto de Ley de Repetición presentado por la PGE que no llegó a materializarse[111], la Asamblea Nacional procesa actualmente dos proyectos de ley fundamentales presentados en 2025, ambos calificados por el Consejo de Administración Legislativa.

Por un lado, el proyecto impulsado por la asambleísta Camila León opta por una reforma transversal a los cuerpos legales vigentes[112]. Entre sus aciertos procesales, la propuesta modifica el COGEP, a través de su artículo 25, para tramitar la repetición mediante procedimiento sumario, dotando a la acción de una celeridad indispensable[113]. Adicionalmente, los artículos 333.1 y 333.2 del proyecto introducen medidas cautelares directas, como la prohibición de enajenar, retención y secuestro de bienes, exigibles desde el libelo de la demanda para asegurar el cobro futuro[114]. Un aporte dogmático innovador es la creación de la figura del llamamiento anticipado, regulado en los artículos 13[115] y 14[116] de la iniciativa, que permite vincular a los funcionarios presuntamente responsables desde el desarrollo del juicio principal seguido contra el Estado.

Sin embargo, a la luz de la teoría racionalista de la prueba, este proyecto presenta una carencia fundamental: se enfoca exclusivamente en la agilidad procedimental y el aseguramiento patrimonial, pero omite por completo resolver el nudo crítico epistemológico. Al no alterar las reglas de distribución de la carga de la prueba ni establecer presunciones legales frente al dolo y la culpa grave, el procedimiento sumario corre el riesgo de convertirse en una vía rápida hacia sentencias desestimatorias, pues el Estado seguirá enfrentándose a la barrera inexpugnable de la prueba diabólica bajo los estándares de valoración actuales de la judicatura.

110 Cascante Cabezas y Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición", 253-255. Los autores concluyen que la dispersión legislativa genera duplicidad de procedimientos e ineficacia, siendo la unificación en un solo cuerpo legal el correctivo principal.

111 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición, iniciativa del Procurador General del Estado Dr. Íñigo Salvador Crespo, Trámite n.º 405618, Asamblea Nacional del Ecuador, 5 de julio de 2021.

112 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición Para la Recuperación de Recursos Económicos Del Estado Ecuatoriano, iniciativa de la asambleísta Camila León, Trámite n.º AN-LCC-2025-0029-M, Asamblea Nacional del Ecuador, agosto de 2025.

113 Id., art. 25.

114 Id.

115 Id., art. 13.

116 Id., art. 14.

Por otro lado, el proyecto presentado por el procurador general del Estado, Juan Carlos Larrea, busca la creación de una Ley Orgánica de Repetición autónoma e integral, derogando definitivamente los artículos dispersos en la legislación actual[117]. Esta propuesta, fundamentada en la urgencia de recuperar más de 2800 millones de dólares pagados por el Estado en laudos y sentencias internacionales y nacionales, destaca por su rigor en la estructuración de una fase de investigación preliminar[118]. Los artículos 11[119] y 12[120] del proyecto configuran un procedimiento investigativo previo con plazos precisos de hasta ciento veinte días, garantizando el debido proceso y la recolección del acervo probatorio documental antes de presentar la demanda.

No obstante, el proyecto adolece de un conservadurismo procesal que atenta contra la propia exposición de motivos. Al mantener, en su artículo 6, la sustanciación de la acción a través del procedimiento ordinario, sacrifica la celeridad exigida para la oportuna recuperación de los fondos públicos[121]. Más grave aún, aunque el artículo 17 de la propuesta enuncia criterios normativos para determinar el grado de responsabilidad, como el nivel jerárquico del demandado y su deber especial de supervisión[122], fracasa en incorporar mecanismos efectivos de facilidad probatoria. La propuesta de la PGE no instituye presunciones *iuris tantum* objetivas ni acoge expresamente las cargas probatorias dinámicas, dejando intacta la asimetría epistémica que obliga al Estado a soportar el rigor íntegro de probar el dolo o la culpa grave bajo esquemas civilistas tradicionales.

La consolidación, el debate y la eventual unificación de estos esfuerzos legislativos es el paso ineludible para transformar el derecho de repetición de una mera aspiración constitucional a un mecanismo materialmente viable. El legislador ecuatoriano tiene el imperativo de amalgamar los aciertos de ambos textos: rescatar la celeridad del procedimiento sumario, las medidas cautelares y el llamamiento anticipado del primer proyecto, integrándolos dentro de la estructura institucional unificada y la fase investigativa de la ley orgánica propuesta por la PGE. Todo ello condicionado a la imperiosa necesidad de inyectar en el texto definitivo un régimen probatorio moderno que, reconociendo el estándar normativo de razonabilidad analizado en este trabajo, consagre presunciones legales y distribuya la carga de la prueba conforme a la disponibilidad epistémica de la evidencia.

117 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición, iniciativa del Procurador General del Estado Dr. Juan Carlos Larrea, Trámite n.º 471390, Asamblea Nacional del Ecuador, 3 de septiembre de 2025.
118 Id.
119 Id., art. 11.
120 Id., art.12.
121 Id., art. 6.
122 Id., art. 17.

6.5. Lineamientos jurisprudenciales sobre estándar probatorio y prueba indiciaria

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Contencioso Administrativo y la Corte Nacional de Justicia deben desarrollar criterios explícitos y uniformes sobre la valoración de la prueba indiciaria en los procesos de repetición. Estos criterios deberían precisar qué tipos de indicios tienen valor probatorio suficiente para acreditar el dolo o la culpa grave administrativa, en qué condiciones una cadena indiciaria puede tener el valor de prueba plena y cómo debe el juez motivar sus conclusiones sobre la desviación del estándar de conducta del funcionario demandado.

La elaboración de estos lineamientos podría articularse a través de sentencias de triple reiteración o de resoluciones de precedente vinculante, en ejercicio de las potestades de los órganos de cierre del sistema judicial. Este desarrollo jurisprudencial, aunque complementario a la reforma legislativa, podría producir resultados rápidos en el corto plazo sin necesidad de esperar la tramitación del proceso legislativo.

6.6. Sistema de seguimiento, transparencia y rendición de cuentas

Finalmente, es indispensable crear un sistema público de seguimiento que permita monitorear el cumplimiento del mandato constitucional de ejercer estas acciones. Este sistema, administrado conjuntamente por la PGE y la CGE, debería publicar periódicamente información sobre el número de condenas ejecutoriadas que generan obligación de ejercer la repetición, las acciones efectivamente iniciadas, el estado de los procesos en curso, los montos recuperados y las autoridades que han dejado caducar el plazo sin actuar.

La transparencia actúa como un mecanismo de rendición de cuentas que, en ausencia de sanciones directas, genera incentivos sociales y políticos para el cumplimiento del mandato institucional. Adicionalmente, la información sistematizada sobre el ejercicio de la repetición permitiría a los investigadores y a los operadores jurídicos identificar patrones, evaluar el impacto de las reformas y proponer ajustes adicionales con base en evidencia empírica continua.

7. Conclusiones

El análisis dogmático, procesal y jurisprudencial desarrollado a lo largo de este artículo permite formular conclusiones precisas que responden a las interrogantes planteadas en la introducción. Al integrar las correcciones dogmáticas

sobre el estándar de conducta y el reciente panorama legislativo, las conclusiones definitivas del estudio se estructuran de la siguiente manera:

1. La ineficacia material y la traspolación de estándares. La acción de repetición en Ecuador carece de eficacia práctica como mecanismo de resarcimiento patrimonial del erario. Su consagración en el artículo 11, numeral 9, de la CRE, aunque impecable en su formulación garantista, ha chocado con un diseño procesal deficiente y una judicatura contencioso-administrativa que exige estándares de valoración probatoria incompatibles con su naturaleza civil-patrimonial. Al traspolar indebidamente la presunción de inocencia y exigir pruebas "irrefutables" —como lo ha evidenciado la jurisprudencia constitucional analizada—, el sistema impone una *probatio diabolica* que asfixia la pretensión estatal y fomenta la impunidad patrimonial.

2. El abandono del fuero interno y el estándar de razonabilidad. El nudo crítico de la figura es de naturaleza probatoria, pero su origen es un error de dogmática jurídica. La exigencia judicial de acreditar una voluntad psicológica interna desconoce los avances de la responsabilidad contemporánea. El dolo y la culpa grave administrativa no requieren una introspección mental, sino que deben evaluarse mediante un estricto control de racionalidad epistémica: el contraste objetivo entre la conducta exteriorizada por el agente y el estándar de razonabilidad o la *lex artis* exigible a un servidor público puesto en las mismas circunstancias. Superar la ineficacia de la repetición requiere que los jueces abandonen la búsqueda de confesiones o pruebas directas y asuman la validez de las inferencias indiciarias objetivas.

3. El deber de aportación probatoria y el modelo comparado. Para equilibrar la profunda asimetría de información que perjudica al Estado, es imperativa la adopción de presunciones legales *iuris tantum* frente a infracciones objetivas (inspiradas en el exitoso modelo colombiano) y la consolidación legal de las cargas probatorias dinámicas. Si bien el ordenamiento ecuatoriano ha dado un primer paso valioso a través del artículo 33 del COFJ —que impone a los servidores judiciales un deber ineludible de colaboración y aportación probatoria—, este criterio de facilidad epistémica debe universalizarse legislativamente para todos los agentes estatales, garantizando la tutela del patrimonio público sin vulnerar el debido proceso.

4. Desconexión institucional y la urgencia de la unificación normativa. La inoperancia del sistema se agrava por la fractura interinstitucional, evidenciada en la incapacidad de articular los hallazgos técnico-administrativos de la CGE con las exigencias subjetivas de la repetición jurisdiccional. Por

> ello, la reforma estructural exige ineludiblemente la aprobación de una ley orgánica de repetición autónoma e integral. La Asamblea Nacional tiene el imperativo de amalgamar los aciertos de los proyectos de ley presentados en 2025; esto supone rescatar la celeridad del procedimiento sumario, la eficacia de las medidas cautelares directas y la figura del llamamiento anticipado, integrándolos armónicamente con una fase de investigación administrativa rigurosa y plazos de caducidad unificados.

En suma, la acción de repetición puede y debe transformarse en un pilar efectivo de la responsabilidad estatal ecuatoriana. Para lograrlo, el marco jurídico y la praxis judicial deben alinearse, dotando al sistema de las herramientas procesales e institucionales que permitan convertir el mandato del artículo 11, numeral 9, de la CRE en una garantía patrimonial tangible y no en una simple declaración de intenciones.

Somos tu socio estratégico



Nos enfocamos en brindar **soluciones jurídicas estratégicas e integrales.**

Somos una **firma sólida,** reconocida a nivel internacional

Conoce más

DuriniGuerrero
Durini y Guerrero Abogados
Durini & Guerrero Abogados
DuriniGuerrero

DURINI & GUERRERO
ABOGADOS



Santillán

ABOGADOS

miembros de: inlaw Alliance of Law Firms

USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

Indemnización sobre bienes asegurados: la subrogación del asegurador como regla de articulación entre el seguro de daños y la responsabilidad civil extracontractual

Compensation for Insured Property: Subrogation of the Insurer as the Coordinating Rule Between Indemnity Insurance and Tort Liability

Andrés Esteban Salvador Misle*
Manuela Margarita Malo Andrade**

Recibido / Received: 16/06/26
Aceptado / Accepted: 28/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4383

Citación:
Salvador Misle, Andrés, y Manuela Malo Andrade. "Indemnización sobre bienes asegurados: la subrogación del asegurador como regla de articulación entre el seguro de daños y la responsabilidad civil extracontractual". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4383.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: aesalvadormisle@gmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0003-1421-8457.

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: manumalo2003@gmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0009-0009-2540-8372.

Resumen

El ordenamiento jurídico ecuatoriano tutela a las víctimas de daños mediante la institución de responsabilidad civil, que les permite reclamar judicialmente una reparación adecuada en caso de que ese daño pueda ser imputado a otra persona. Paralelamente, el ámbito privado ha desarrollado el contrato de seguro, a través del cual las aseguradoras indemnizan dichas pérdidas en virtud de las pólizas contratadas. Ambas instituciones pueden entrar en conflicto cuando la víctima pretende obtener reparación tanto del causante del daño como de la aseguradora. No obstante, perseguir únicamente a uno de ellos genera consecuencias problemáticas: exigir una reparación integral solo al causante del daño implica desaprovechar la cobertura del seguro, mientras que hacer un reclamo exclusivamente a la aseguradora puede derivar en el enriquecimiento injustificado del responsable. El presente artículo analiza los distintos supuestos que pueden configurarse y examina las soluciones que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ofrece frente a cada uno de ellos.

Palabras clave

Responsabilidad civil extracontractual; contrato de seguro de daños; subrogación legal del asegurador; principio indemnizatorio; *restitutio in integrum*; enriquecimiento sin causa; *compensatio lucri cum damno*; cúmulo de indemnizaciones; concurrencia de causas

Abstract

The legal system protects victims of harm through the institution of civil liability, which allows them to judicially claim adequate compensation when that harm can be attributed to another person. In parallel, the private sphere has developed the insurance contract, through which insurers indemnify such losses under contracted policies. Both institutions may conflict when the victim seeks compensation from both the tortfeasor and the insurer. However, pursuing only one of them generates problematic consequences: demanding full reparation solely from the tortfeasor means forgoing the insurance coverage, while claiming exclusively from the insurer may result in the unjustified enrichment of the responsible party. This article analyses the different scenarios that may arise and examines the solutions that the Ecuadorian legal order offers for each of them.

Keywords

Tort liability; property damage insurance contract; legal subrogation of the insurer; indemnity principle; restitutio in integrum; unjust enrichment; compensatio lucri cum damno; double recovery; concurrence of causes

1. Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

La responsabilidad civil puede entenderse, en términos generales, como el deber jurídico de reparar un daño causado a otro. Para efectos de este artículo, es menester entender la distinción que hace la doctrina sobre la responsabilidad civil, basándose en su fuente, esto es, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La primera surge cuando entre las partes existe un vínculo obligatorio previo y el daño se produce como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento tardío o cumplimiento defectuoso de una obligación que nace del contrato. Un ejemplo muy común es cuando una constructora se obliga a entregar un edificio terminado en una fecha específica y no lo hace, o si entrega una obra defectuosa, entonces la responsabilidad que eventualmente se genera frente al contratante tiene naturaleza contractual.

La segunda nace cuando una persona causa daño a otra sin que ese daño provenga del incumplimiento de una obligación contractual previa. Por ejemplo, si una persona maneja imprudentemente y destruye la casa de su vecino, la obligación de reparar no nace de un contrato entre conductor y su vecino, sino del deber general de no causar daño a otro. Esta distinción clásica ha sido recogida por buena parte de la doctrina civil, que identifica a la responsabilidad contractual con la infracción de una obligación específica frente a un acreedor determinado y a la responsabilidad extracontractual con la infracción de deberes generales de conducta impuestos para la convivencia social[1].

La diferencia entre ambos regímenes tiene efectos prácticos relevantes. En materia contractual, la existencia del contrato permite analizar la conducta del deudor a partir de las obligaciones asumidas, de la distribución de riesgos pactada y de las reglas que las partes hayan previsto para el caso de incumplimiento, es decir, está "trazada la cancha de juego". Por otro lado, en materia extracontractual, el análisis se centra en determinar si existió un hecho antijurídico, daño y causalidad. Por ejemplo, si un arrendatario rompe las ventanas del departamento que está arrendando, el arrendador no necesita construir su pretensión sobre el deber general de no dañar, sino sobre la obligación contractual de cuidar el inmueble. Pero si una persona ajena al contrato rompe accidentalmente la misma ventana, el propietario no reclamará por incumplimiento contractual, sino por responsabilidad extracontractual. Corral Talciani, siguiendo la tesis dualista, explica precisamente que el ordenamiento chileno distingue ambos estatutos y que esa diversidad se refleja en reglas distintas sobre culpa, mora, reparación, competencia y prescripción[2].

1 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: LegalPublishing/Thomson Reuters, 2013), 23-26.

2 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 28-33.

2. Cúmulo de acciones

El problema aparece cuando un mismo hecho antijurídico parece generar responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual a la vez. A esto se le ha denominado tradicionalmente *cúmulo de acciones* o *cúmulo de responsabilidades*. La expresión se utiliza para describir aquellos casos en los que un hecho dañoso podría ser presentado como incumplimiento contractual y, a la vez, como delito o cuasidelito civil. Es importante notar que esta expresión es algo imprecisa y confusa. El término *cúmulo* sugiere acumulación de dos responsabilidades por el mismo daño. El problema no consiste en discutir si se permite que la víctima cobre dos veces, pues ello produciría un enriquecimiento sin causa, tema en el cual ahondaremos más adelante.

La cuestión consiste en determinar si, frente a un mismo hecho dañoso, el acreedor puede elegir entre reclamar con base en el contrato o demandar bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual. Por ello, Alessandri advierte que el problema no es propiamente de cúmulo, sino de opción entre responsabilidades[3]. Un ejemplo típico es el del pasajero que compra un pasaje de bus y sufre lesiones por la conducción negligente del chofer. Podría decirse que existe responsabilidad contractual, porque la empresa de transporte incumplió su obligación de trasladar al pasajero de forma segura. Pero también podría sostenerse que existe responsabilidad extracontractual, porque la conducción imprudente constituye una infracción del deber general de cuidado. En ese escenario surge la pregunta central: ¿puede la víctima escoger libremente entre demandar por responsabilidad contractual o extracontractual[4]?

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano es absurdo negar la existencia de un régimen dualista. Si la responsabilidad contractual y extracontractual se trataran igual, la discusión perdería relevancia práctica, pero en realidad tienen reglas distintas. La elección de uno u otro tipo de responsabilidad puede alterar el resultado del litigio. A la víctima podría convenirle invocar el régimen extracontractual para evitar una cláusula limitativa de responsabilidad pactada en el contrato, para beneficiarse de una regla de solidaridad, para reclamar una mayor extensión de daños o para eludir determinada prescripción. A su vez, al deudor contractual podría convenirle sostener que el único régimen aplicable es el contractual, justamente porque allí las partes ya definieron sus riesgos y responsabilidades. Corral Talciani resume este debate a partir de tres teorías: la no acumulación, según la cual el contrato desplaza la responsabilidad extracontractual; el cúmulo opcional, según el cual la víctima podría elegir entre ambas acciones; y el concurso de normas,

3 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983), 80-86.

4 Ibid., 82.

según el cual no habría dos acciones propiamente dichas, sino una sola pretensión indemnizatoria regulada por normas que podrían provenir de ambos estatutos[5].

Esta precisión terminológica es importante. Por ejemplo, imaginemos que un hotel se obliga a custodiar el vehículo de un huésped dentro de su estacionamiento y, por negligencia del personal, el vehículo es robado. El huésped podría sostener que el hotel incumplió una obligación contractual de custodia. También podría afirmar que el hotel actuó negligentemente y causó un daño. Pero si el deber de custodia proviene del contrato de hospedaje, lo jurídicamente relevante no es que el hecho pueda narrarse como negligencia, sino que esa negligencia constituye el modo en que se incumplió la obligación contractual. En ese caso, la responsabilidad debería ser contractual, porque el daño se explica por la infracción de una obligación asumida dentro de una relación previa.

Esto no significa que la sola existencia de un contrato entre las partes convierta automáticamente cualquier daño en un supuesto de responsabilidad contractual. Lo determinante es establecer si el perjuicio deriva del incumplimiento de una obligación asumida en el contrato o, por el contrario, de la vulneración del deber general de no causar daño a otro. Así, aunque exista una relación contractual previa, si el daño afecta un interés ajeno a las obligaciones pactadas o responde a un deber de conducta que existe con independencia del contrato, la responsabilidad podrá ser extracontractual. En consecuencia, no es la existencia del contrato lo que define el régimen aplicable, sino la fuente jurídica de la obligación cuya infracción originó el daño.

Por eso se afirma que, en muchos supuestos, el "cúmulo" desaparece cuando se analiza correctamente el caso. Si una misma conducta es la forma concreta en que se incumple el contrato, el régimen aplicable debe ser contractual. Si la conducta lesiona a un tercero que no es parte del contrato, el régimen será extracontractual respecto de ese tercero. Natalia Jara Fuentealba, en una investigación dedicada al concurso de responsabilidad civil, plantea que el problema puede considerarse un "falso problema de interpretación". "Aunque una misma acción pueda representarse como infracción del contrato y como infracción del deber general de cuidado, las normas de responsabilidad contractual y extracontractual no deberían aplicarse conjuntamente para indemnizar el mismo daño"[6].

3. En cuanto a bienes asegurados

El contrato de seguro de daños permite introducir una excepción relevante, aunque debe formularse con precisión. Cuando un bien asegurado es dañado

5 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 33-34.

6 Natalia Jara Fuentealba, "Concurso de responsabilidad civil: Un falso problema de interpretación", (memoria de pregrado, Universidad de Chile, 2018), 1-3, https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/152729/Concurso-de-responsabilidad-civil-un-falso-problema-de-interpretaci%C3%B3n.pdf?sequence=1.

por un tercero, el mismo siniestro activa dos relaciones jurídicas distintas. Por un lado, existe una relación contractual entre el asegurado y la aseguradora: si el riesgo estaba cubierto, la aseguradora debe indemnizar conforme a la póliza. Por otro lado, existe una relación extracontractual entre el asegurado y el tercero que causó el daño: quien destruyó o deterioró el bien debe reparar el perjuicio causado. Imaginemos que una persona tiene un carro asegurado y un tercero lo choca por negligencia. La víctima puede reclamar a su aseguradora con base en el contrato de seguro, pero también existe una acción contra el conductor responsable con base en la responsabilidad extracontractual. A diferencia de los casos anteriores, aquí sí coexisten dos vías nacidas del mismo hecho dañoso, pero no contra el mismo sujeto ni por la misma fuente obligacional.

4. Posibles supuestos

La particularidad del seguro es que esta coexistencia no autoriza una doble reparación. Si el asegurado cobra íntegramente de la aseguradora, no puede luego enriquecerse cobrando nuevamente del tercero por el mismo daño. En los seguros de daños rige una lógica indemnizatoria: la indemnización busca colocar al asegurado en una situación patrimonial equivalente a la anterior al siniestro, no generar una ganancia. Por ello, una vez que la aseguradora paga, normalmente se subroga en los derechos del asegurado frente al tercero responsable, hasta el límite de lo pagado. Dicho de manera sencilla: si la aseguradora indemniza al asegurado por el daño del vehículo, podrá después reclamar al conductor responsable el monto que pagó. Si el seguro cubre solo una parte del daño, el asegurado conserva acción contra el tercero por la diferencia no cubierta. Sánchez García explica que, cuando existe responsabilidad de un tercero, el asegurado puede reclamar al asegurador o dirigirse contra el tercero, pero el principio indemnizatorio impide que el seguro se convierta en fuente de lucro para el asegurado. Pero los efectos de la existencia de estas opciones para la víctima pueden ser muy diferentes y se pueden analizar en los siguientes supuestos, partiendo de la premisa de que un tercero cause un daño a un bien asegurado.

4.1. En caso de que la víctima decida reclamar solo a la aseguradora

Si la víctima reclama únicamente a la aseguradora, la acción ejercida es contractual. La aseguradora debe responder por el daño, ya que, a pesar de no haberlo causado, asume el riesgo cubierto por la póliza, a través de un contrato. Elegir esta alternativa beneficia a la víctima por algunas razones, comenzando por que en este supuesto la víctima no tendrá que discutir, como punto central, la culpa del causante del daño, sino la existencia del contrato, la ocurrencia del siniestro, la cobertura y el monto indemnizable. Esto puede

ser especialmente útil cuando el tercero es insolvente, difícil de identificar o cuando la prueba de su culpa es compleja.

En este caso, el plazo de prescripción se cuenta por diez años[7] desde que la obligación se hizo exigible[8], no necesariamente desde el momento exacto del accidente o hecho dañoso. También es importante tomar en cuenta el cumplimiento de las cargas previstas en la póliza, como aviso, entrega de documentos y procedimiento de liquidación. Esto puede beneficiar a la víctima frente a la acción extracontractual, que en Ecuador prescribe en cuatro años desde la perpetración del acto, conforme al artículo 2235 del Código Civil[9].

La previsibilidad opera aquí como distribución contractual del riesgo. No se pregunta, principalmente, si el tercero pudo prever el daño, sino si ese daño estaba dentro del riesgo cubierto. La póliza delimita qué se indemniza, hasta qué monto, con qué exclusiones, deducibles y condiciones. Si la aseguradora incumple su obligación de pago o demora injustificadamente, recién aparece un problema adicional de responsabilidad contractual de la aseguradora, en cuyo caso cobrarán importancia la mora, la previsibilidad de los daños derivados del incumplimiento y la relación causal[10].

La mitigación del daño también opera como una carga contractual. La víctima no está obligada a realizar esfuerzos extraordinarios, pero sí debe adoptar medidas razonables para evitar que el daño se agrave. Si, por ejemplo, el bien asegurado queda expuesto después del siniestro y el asegurado podía evitar un deterioro adicional con medidas simples y proporcionales, la aseguradora podría discutir esa parte del perjuicio. San Martín Neira sostiene que la razonabilidad debe analizarse *ex ante*, según las circunstancias existentes al momento de actuar, y no con base en el resultado final[11].

El límite principal es el principio indemnizatorio. La víctima puede beneficiarse de la solvencia y rapidez relativa de la aseguradora, pero no puede convertir el seguro en una fuente de ganancia. Si la aseguradora paga el daño cubierto, se abre la posibilidad de subrogación frente al tercero responsable, hasta el monto efectivamente pagado. Sánchez García explica que la subrogación tiene una finalidad recuperatoria y que su límite está dado por el importe realmente pagado por la aseguradora[12].

7 Artículo 2415, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 del 19 de junio de 2015.

8 Id., artículo 2414.

9 Id., artículo 2235.

10 Lilian San Martín Neira, "La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual", en *Estudios de derecho civil IX: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013*, ed. Susan Turner y Juan Andrés Varas (Santiago de Chile: Thomson Reuters/LegalPublishing, 2014), 621-624.

11 Lilian San Martín Neira, "El criterio de 'lo razonable': Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño", *Derecho y Justicia*, n.º 1 (2011): 59-62. https://revistaschilenas.uchile.cl/handle/2250/30262.

12 Mateo Sánchez-García, "Naturaleza del derecho de subrogación en el contrato de seguro y su relación con la cotitularidad del asegurado y asegurador frente al tercero responsable", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* 27, n.º 49 (julio-diciembre de 2018): 19-21, 33, https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris49.ndsc.

Aquí se tensionan la reparación de la víctima, la fuerza obligatoria del contrato, la buena fe y la prohibición de enriquecimiento injustificado. La víctima puede legítimamente acudir al seguro, porque para eso contrató la cobertura, pero no puede perjudicar la subrogación de la aseguradora ni pretender una reparación superior al daño efectivamente sufrido.

4.2. En caso de que la víctima decida reclamar solo al causante del daño

Si la víctima reclama únicamente al causante del daño, la acción ejercida es de naturaleza extracontractual. Este régimen encuentra sustento en el Código Civil. En primer lugar, el artículo 2214 indica: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito"[13].

Asimismo, el artículo 2229 establece que: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta"[14]. La víctima podría beneficiarse de esta vía cuando el daño supera la cobertura de la póliza, cuando existe un deducible alto, cuando la aseguradora niega cobertura o cuando la póliza contiene exclusiones aplicables. A diferencia del reclamo contra la aseguradora, aquí la víctima no está limitada por la suma asegurada ni por las condiciones del contrato de seguro. Su pretensión se dirige a obtener la reparación integral del daño causado por el tercero.

El costo de esta vía es probatorio. La víctima deberá probar el hecho antijurídico, el daño y el nexo causal. Esto marca una diferencia importante con la acción contractual, en la que la discusión se organiza alrededor del incumplimiento de una obligación previa. En responsabilidad extracontractual, la culpa no se presume como regla general, sino que debe ser acreditada por quien la alega.

La prescripción también cambia. La acción extracontractual prescribe en cuatro años desde la perpetración del acto, conforme al artículo 2235 del Código Civil. El problema está en determinar qué debe entenderse por "perpetración del acto", especialmente en casos de daño oculto o continuado. Coronel advierte que una interpretación puramente literal puede dejar sin protección a la víctima cuando el daño no se manifiesta de inmediato, porque en esos casos no se verifican todos los elementos de la responsabilidad desde el hecho inicial[15].

13 Artículo 2214, CC.

14 Id., artículo 2229.

15 Leonardo Coronel Larrea, "Una aproximación conceptual del daño y su importancia en el *dies a quo* de la prescripción de la acción en la responsabilidad extracontractual: Una propuesta necesaria respecto del artículo 2235 del Código Civil ecuatoriano", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 37 (diciembre de 2021): 233-235, https://doi.org/10.4067/S0718-80722021000200231.

La previsibilidad tiene una función distinta. Cuando hablamos de responsabilidad extracontractual, la víctima no está limitada por lo que el tercero "pactó" o pudo distribuir contractualmente. La previsibilidad se conecta más bien con la culpa, la causalidad y la imputación del daño. Por eso, si el daño es consecuencia directa de la conducta negligente, el tercero no puede oponer las limitaciones propias del contrato de seguro.

En este supuesto se tensionan la reparación integral, la seguridad jurídica de la prescripción, la carga probatoria de la víctima y la prevención de conductas dañosas. Reclamar solo al causante puede permitir una reparación más amplia que la del seguro, pero expone a la víctima a mayores dificultades probatorias, riesgo de insolvencia del demandado y un plazo prescriptivo más breve.

4.3. En caso de que la víctima decida reclamar a ambos simultáneamente

Este supuesto exige una precisión inicial que mencionamos anteriormente: la víctima no puede cobrar dos veces una reparación por el mismo daño. Sánchez García es claro en que el seguro de daños no tolera el enriquecimiento injusto. La indemnización no puede ser superior al daño efectivamente sufrido. Además, una vez que la aseguradora paga, puede subrogarse frente al tercero responsable hasta el límite de lo pagado.

No obstante, ello no significa que la víctima esté impedida de dirigir su reclamación contra ambos sujetos. Puede reclamar a ambos, por ejemplo, para evitar quedar desprotegida si la aseguradora niega cobertura o si el tercero es insolvente, pero no puede cobrar a ambos la misma parte del daño. Si la aseguradora paga todo el daño cubierto, la víctima ya no tendría interés para cobrar esa misma suma al tercero. Otra opción que se ajusta a este supuesto es cobrar a ambos en forma complementaria. Por ejemplo, si el daño es de USD 10 000 y la aseguradora cubre USD 6000, la víctima podría reclamar al tercero los USD 4000 restantes. En ese caso no hay doble cobro, sino reparación completa.

El punto más delicado de este supuesto es la subrogación. Si la aseguradora paga total o parcialmente, se coloca en la posición del asegurado frente al tercero hasta el monto pagado. Si el pago es parcial, la víctima conserva acción contra el tercero por la parte no cubierta. Si el tercero paga primero, la víctima no podría reclamar a la aseguradora por la misma parte ya reparada, porque desaparecería el daño asegurado en esa medida. Sánchez García explica que el asegurado puede dirigirse contra el asegurador o contra el tercero responsable, pero que el seguro no puede tolerar un enriquecimiento superior al daño efectivamente sufrido[16].

16 Sánchez-García, "Naturaleza del derecho de subrogación en el contrato de seguro", 19-21.

En este supuesto se tensionan con mayor intensidad la reparación integral, el principio indemnizatorio, la buena fe procesal, la subrogación y la prohibición de abuso del derecho. Reclamar a ambos puede ser legítimo si busca asegurar una reparación completa; pero sería abusivo si la víctima pretende duplicar el cobro, ocultar pagos recibidos, obstaculizar la subrogación de la aseguradora o trasladar a ambos demandados el mismo perjuicio sin descontar lo ya indemnizado.

En consecuencia, este tercer escenario no debe calificarse como un cúmulo indemnizatorio, sino como una concurrencia funcional de acciones. La víctima puede activar simultáneamente la vía contractual y la extracontractual, pero el resultado final debe respetar una regla básica: el daño puede ser íntegramente reparado, pero no duplicadamente cobrado.

5. Principios rectores en tensión

El problema del cúmulo de indemnizaciones no puede resolverse de manera aislada mediante una norma específica, sino que exige identificar los principios rectores dentro del sistema de responsabilidad civil y comprender la forma en que estos entran en tensión cuando la víctima ha percibido una indemnización de su aseguradora y pretende, además, obtener reparación del causante del daño. Dos principios convergen en este escenario desde ángulos que producen resultados aparentemente contradictorios: la *restitutio in integrum* y la prohibición del enriquecimiento sin causa. A estos se añade la *compensatio lucri cum damno*, figura técnica de cuantificación del daño que con frecuencia se invoca como solución al cúmulo, pero que presenta límites insalvables cuando el beneficio percibido por la víctima proviene de un contrato de seguro. La identificación de estos límites es la que permite comprender por qué el ordenamiento ecuatoriano acude a un mecanismo distinto para resolver la tensión.

5.1. *Restitutio in integrum*

El principio *restitutio in integrum* nace en Roma, no como principio sustantivo de responsabilidad civil, sino como remedio procesal extraordinario del derecho pretorio, cuya función era el restablecimiento del estado o la posición jurídica anterior al perjuicio. El pretor la concedía cuando la aplicación estricta del *ius civile* producía un resultado contrario a la equidad. Con la codificación napoleónica y la posterior influencia en el Código de Andrés Bello, la figura pasó de ser un remedio procesal a ser un principio general del derecho civil. En el ordenamiento ecuatoriano, este principio encuentra expresión en los artículos 2214 y 2229 del Código Civil y su proyección específica en materia de seguros de daños se encuentra en el artículo 735 del

Código de Comercio; norma que replica al Decreto Supremo n.º 1147 (en adelante D. S. 1147)[17] promulgado durante la dictadura militar en el país.

El contenido moderno de este principio es restablecer el patrimonio de la víctima a su estado anterior. La doctrina considera que "la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado"[18].

Desde esta perspectiva, el principio impone el deber de reparar la totalidad de los daños. Corral Talciani lo enuncia directamente: "El principio general es que la reparación debe ser completa: debe indemnizarse todo el daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito. Este es el principio de la reparación integral del daño"[19]. Sin embargo, la reparación total no puede exceder el daño efectivamente sufrido.

En este sentido, la obligación de reparación encuentra un límite en el *quantum* de la lesión. Si lo excede, deja de tener su naturaleza reparatoria, convirtiéndose en una fuente de enriquecimiento para la víctima.

5.2. Enriquecimiento sin causa

La figura del enriquecimiento sin causa se plantea ante la premisa de que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro, *nemo locupletari potest aliena iactura*. Aunque el Código Civil no regula de forma sistemática el enriquecimiento sin causa como teoría general autónoma, se identifican manifestaciones concretas derivadas de este como el pago de lo no debido y la *actio in rem verso*[20].

En cuanto hablamos de responsabilidad civil y la cuantificación indemnizatoria, dicha figura —en conjunto con el *restitutio in integrum*— esclarece el marco jurídico para delimitar el resarcimiento pecuniario. Es decir, la reparación integral y, por ende, nuestro ordenamiento jurídico es inasequible a lo que la doctrina llama *daños punitivos*, que buscan el cobro de un *quantum* superior al restitutivo con el objetivo de sancionar al causante de un daño. En lo que versa la materia objeto de la investigación, el ya mencionado artículo 735 del Código de Comercio establece:

> Art. 735.- Respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de mera indemnización y **jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento**. La indemnización podrá comprender a la vez el

17 Decreto Supremo 1147, Presidencia de la República [por el cual se regula el contrato de seguro privado], Registro Oficial 123 del 7 de diciembre de 1963.
18 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 159.
19 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 336.
20 Artículos 2185 y 2195, CC.

> daño emergente y el lucro cesante, pero este último deberá ser objeto de un acuerdo o disposición expresa; en ambos casos descontando el valor del deducible, salvo acuerdo contrario de las partes (énfasis añadido)[21].

Esta prohibición opera en dos sentidos simultáneos que son centrales en el planteamiento del problema jurídico. Respecto del asegurado, como menciona el artículo *ut supra*, si cobra la indemnización de la aseguradora y además persigue al causante por el mismo daño, obtendría más que su perjuicio real, lo que constituye enriquecimiento sin causa. Al contrario, respecto del causante, si solo se cobra al seguro, el causante quedaría liberado de su responsabilidad por efecto de un contrato ajeno que nunca financió, lo que también constituye enriquecimiento sin causa a su favor. Ante esta doble amenaza de enriquecimiento, la doctrina ha recurrido a la figura de la *compensatio lucri cum damno* como mecanismo de solución ante el cúmulo ordinario, cuyos límites respecto al contrato de seguros se analiza a continuación.

5.3. *Compensatio lucri cum damno*

Este principio no nace del derecho romano clásico, como Gallo aclara, la institución surge de la doctrina alemana del siglo XIX, a partir de la concepción del daño como diferencia patrimonial formulada por Mommsen[22]. El objetivo de esta figura es evitar que la víctima, a raíz del resarcimiento del daño sufrido, obtenga una ventaja patrimonial superior a la que tenía antes de ocurrido el ilícito[23].

Para que se pueda aplicar *compensatio*, Gallo considera que se deben verificar ciertos requisitos precisos. Estos son (i) que concurran los presupuestos de la responsabilidad civil, (ii) que el daño y el enriquecimiento deriven del mismo evento, (iii) que este evento sea único, (iv) que el hecho productor del enriquecimiento sea contemporáneo al evento dañoso y (v) que haya coincidencia subjetiva entre el dañado y el enriquecido[24]. Como se analiza a continuación, estos requisitos son precisamente los que impiden aplicar la figura al escenario del seguro de daños.

El segundo requisito busca que tanto el daño como el enriquecimiento deriven del mismo hecho, requisito que resulta determinante cuando la víctima ha percibido una indemnización de su aseguradora. La indemnización del seguro tiene su causa en un contrato y el pago previo de primas, como Cristóbal Montes, citando a Larenz, resalta:

21 Artículo 735, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019.

22 Paolo Gallo, "Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali. Parte prima: La compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni". *Rivista di Diritto Civile*, 64, n.º 3 (mayo-junio de 2018): 851. https://rcdi.tirant.com/index.php/rcdi/article/view/5355.

23 Ibid., 858.

24 Ibid.

> "No son computables las prestaciones que el lesionado recibió en virtud de un contrato de seguro por él concluido", en razón de que dichas prestaciones representan la contraprestación por las primas que ha pagado el perjudicado y se vulneraría la sustancia del contrato de seguro si las mismas redundasen en provecho del obligado a indemnizar[25].

Si se permitiera al causante del daño invocar *compensatio* para reducir su deuda, quedaría liberado por un contrato del que nunca fue parte. El problema del cúmulo requiere un mecanismo idóneo y adecuado que responda frente a la víctima, el causante y la aseguradora.

6. La subrogación de la aseguradora frente al causante

La subrogación legal es el mecanismo que el ordenamiento consagra para resolver los problemas jurídicos planteados anteriormente, respondiendo a aquello que la *compensatio lucri cum damno* no puede sanear. Esta figura implica la sustitución jurídica del asegurado frente al tercero responsable. En materia de derecho civil, la subrogación opera de manera *ope legis* cuando se verifica el cumplimiento de una de las causales ubicadas en el artículo 1626 del código de Bello. En el marco de la subrogación de la aseguradora, aquella se ejecuta con la causal cinco: "del que paga una deuda ajena [...]". Sin embargo, la norma específica y prevalente en la materia es el artículo 740 del Código de Comercio ecuatoriano que dicta:

> Art. 740.- El asegurador que ha pagado una indemnización de seguro se subroga, por ministerio de la ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos y acciones del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado [...][26].

El artículo 740 del Código de Comercio reproduce, de manera casi idéntica, el contenido del artículo 38 del D. S. 1147. La norma legal consagra en el derecho ecuatoriano lo que el Código Civil meramente insinuaba respecto al seguro de daños frente a la responsabilidad civil. Su aplicación es obligatoria y se realiza por ministerio de la ley, sin necesidad de consentimiento expreso, declaración judicial o algún tipo de declaración.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, a falta de jurisprudencia nacional, ha ido aún más allá y ha reconocido la inoponibilidad que el causante del daño tiene respecto de la subrogación en cuestión. En su jurisprudencia ha

25 Ángel Cristóbal Montes, "Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 595, n.º 1 (diciembre de 1989): 1965-1977, https://www.revistacritica.es/index.php/rcdi/article/view/5355.

26 Artículo 740, CCo.

resaltado que: "la acción subrogatoria deviene por el solo ministerio de la ley 'aún contra la voluntad del causante del daño'"[27]. No obstante, como se menciona en el artículo 740 del Código de Comercio, el tercero podrá excepcionarse de la misma forma que lo haría respecto del daño con las herramientas que el ordenamiento jurídico lo prevé.

Esta operación resuelve simultáneamente la tensión que se planteó respecto de los principios frente a la reparación de la víctima, su posible enriquecimiento y la liberación del causante. Para ello se analiza cómo cada uno de estos se zanja y sus efectos jurídicos y patrimoniales.

Sobre la reparación de la víctima, en cuanto esta ha pagado una póliza de seguro será resarcida por la aseguradora. Por ejemplo, si una persona tiene asegurada una obra de arte de alto valor, la póliza garantiza que ante un daño el asegurado recibirá la correspondiente indemnización cubierta por el asegurador.

Sin embargo, al subrogarse el crédito al asegurador, la víctima pierde o renuncia a la acción contra el causante por el monto ya indemnizado. No puede cobrar el afectado dos veces el mismo daño. Como el autor chileno indica: "No puede aceptarse el cúmulo de indemnizaciones, ya que, si se acepta, el tercero culpable sería demandado tanto por la aseguradora como por los deudos de la víctima y la indemnización adoptaría una finalidad más sancionatoria que reparadora"[28]. Por lo tanto, con la subrogación, la víctima no estaría enriqueciéndose, su patrimonio únicamente se restituye.

El tercer efecto que tiene la subrogación es que impide la posibilidad de que el causante quede liberado. Una vez que se ejecute la subrogación y la víctima sea indemnizada, el asegurador se dirige contra el causante del daño para perseguir el monto que él mismo ya pagó. Sin ella, en palabras de la Corte Suprema de Colombia: "el causante del mismo se vería beneficiado ya que nunca estaría obligado a reparar el daño y, por consiguiente, gozaría de un enriquecimiento sin causa justificativa alguna"[29]. De esta manera, la subrogación satisface simultáneamente los tres principios analizados en la sección anterior: garantiza la reparación de la víctima, impide su enriquecimiento y mantiene la responsabilidad del causante[30].

En la práctica las aseguradoras solo se comprometen hasta ciertos montos, es común que la póliza indemnice un porcentaje inferior al de la pérdida total sufrida. Ante esto y respecto a la subrogación, esta solo opera, como bien

27 S-221-Exp. N.º 7050, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 22 de noviembre de 2001, pág. 5.
28 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 145.
29 S-221-Exp. N.º 7050, CSJ, pág. 7.
30 En igual sentido, la Cámara Civil de Argentina, Sala I, en el caso Prelat c. Ruiz (14-XII-2023) precisó que las obligaciones del asegurador y del causante frente a la víctima tienen naturaleza concurrente con pluralidad de causas, para el asegurador el contrato de seguro, para el causante el incumplimiento del deber general de no dañar.

dice la norma, "hasta el monto de dicha indemnización"[31]. Sobre esto se debe retomar la doctrina del cúmulo de indemnizaciones y notar la excepción que existe a la excepción, "el cúmulo será posible sólo *(sic)* si la indemnización pagada por la aseguradora resulta inferior al perjuicio realmente causado"[32].

El escenario más simple en que la aseguradora paga el daño íntegramente implica que el crédito resarcitorio le pertenece por completo al mismo sujeto. En este supuesto la víctima renuncia totalmente a la acción contra el causante. El escenario más complejo, en que la aseguradora indemniza a quien ha sufrido, pero lo hace porcentualmente respecto al daño, resulta en una bifurcación del crédito. El asegurador solo podrá perseguir al causante hasta el monto que pagó, "no podrá perseguir la indemnización por el lucro cesante o por el daño emergente si este fue mayor a la suma asegurada"[33]. A la vez, la víctima podrá perseguir al causante por su cuota restante.

De esta forma, la subrogación permite que la víctima sea resarcida en su totalidad y que quien produjo el daño sea obligado a realizar una restitución íntegra a la posición patrimonial anterior al hecho dañoso. Garantizando que el principio de *restitutio in integrum* sea ejercido y que no exista enriquecimiento sin causa.

El asegurado no se desprende o renuncia por completo de la situación jurídica. Esto se refiere al inciso 2 del artículo 740 del Código de Comercio, que dicta: "A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria"[34]. Una vez más, replicando al texto del artículo 38 del D. S. 1147. Esta previsión responde a un riesgo distinto al que resuelve la subrogación por sí sola. El derecho del asegurador nace por ministerio de la ley, pero su ejercicio práctico depende de que la acción contra el tercero siga viva y sea ejercitable. Nada impide, en los hechos, que el asegurado transija con el causante, lo libere de responsabilidad o deje transcurrir el plazo de prescripción antes de que el asegurador actúe. Si esto ocurriera, la subrogación quedaría vacía de contenido pese a estar reconocida por la norma. El inciso segundo del artículo 740 traslada entonces al asegurado, una vez pagada la indemnización, una carga de diligencia que consiste en no renunciar a sus derechos frente al tercero ni ejecutar actos que dificulten su ejercicio por parte del asegurador.

Vista en conjunto, la subrogación es la pieza que permite ordenar el problema planteado al inicio de este artículo. Sin embargo, es importante analizar algunas reglas propias de la figura que pueden generar dificultades en la práctica.

31 Artículo 740, CCo.
32 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 145-146.
33 S-221-Exp. N.º 7050, CSJ, pág. 9.
34 Artículo 740, CCo.

La aplicación judicial de esta figura en Ecuador ha sido marginal. No se presentan pronunciamientos que desarrollen la articulación entre la subrogación del asegurador y el régimen de responsabilidad extracontractual de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

Los pronunciamientos disponibles abordan el contrato de seguro desde su dimensión interna, en relación entre asegurado y asegurador. Así, la Corte Constitucional[35], al resolver la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 42 de la Ley General de Seguros, ha caracterizado el contrato de seguro a partir del artículo 690 del Código de Comercio y ha precisado que el reclamo administrativo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros constituye una actividad de control y vigilancia y no una potestad jurisdiccional. Esa vía administrativa es relevante para el primero de los supuestos analizados en este artículo, pues ofrece al asegurado un mecanismo expedito frente a la aseguradora. Ninguno de estos pronunciamientos aborda el problema aquí planteado.

Esa ausencia revela que una norma originalmente redactada en el año 1963 carece de desarrollo jurisprudencial nacional, lo que obliga a acudir al derecho comparado y justifica el análisis que este artículo propone.

6.1. Transmisión del crédito con sus vicios

Al operar la subrogación, no se trata de una acción nueva, sino del mismo crédito que tenía la víctima, pero con un diferente titular. Badillo Arias lo describe como un crédito derivativo, ya que proviene del asegurado y es idéntico al que tiene el asegurado contra el tercero[36]. Es por esto que, en el artículo 740 del Código de Comercio, agrega que el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado, excepciones que Paniagua Machado precisa deben ser preexistentes a la subrogación[37].

La consecuencia existe si el causante acredita fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, la aseguradora habrá pagado sin poder recuperar nada. Además, la presunción del artículo 723 del Código de Comercio, según la cual el siniestro se presume producido por caso fortuito[38], opera solo entre asegurado y asegurador; frente al causante, la aseguradora debe probar todos los elementos de la responsabilidad extracontractual. La solidez de la subrogación en estos casos depende de la solidez de la acción original, no del contrato de seguro.

35 Ver Sentencia 21-18-IN/24, Corte Constitucional, 11 de julio de 2024, párrs. 76 y 95.

36 José Antonio Badillo Arias, "La acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley de contrato de seguro: Última jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo", *Consorseguros Revista Digital* 16, n.º 1 (2022), https://consorsegurosdigital.com/es/numero-16/sumario/resenas/la-accion-subrogatoria-del-articulo-43-de-la-ley-de-contrato-de-seguro.

37 Juan Manuel Paniagua Manchado, "El derecho de subrogación de las aseguradoras en el seguro de daños", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro* 51, n.º 1 (2014): 51-56. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5405759.

38 Artículo 723, CCo.

6.2. Prescripción de la acción subrogatoria

Entenderíamos que, si el asegurador ejerce el mismo crédito del asegurado y ese crédito es extracontractual, el plazo aplicable es de cuatro años, como establece el artículo 2235 del Código Civil, y no de tres años como regula el artículo 729 del Código de Comercio, ya que este regula únicamente las acciones entre asegurado y asegurador. También existe ambigüedad al determinar desde cuándo empieza a correr el plazo. Como no nace un nuevo crédito, no tendría sentido contar desde el pago de la indemnización. Badillo Arias señala que el plazo es el del asegurado contra el tercero responsable y que se cuenta desde cuando nació el derecho del asegurado[39].

Esto significa que la aseguradora recibe un crédito cuyo plazo ya viene corriendo desde antes de que ella intervenga. Si la liquidación del siniestro se demora, puede terminar pagando cuando la acción está por extinguirse o ya prescribió, con lo cual la subrogación se vuelve nominal. El problema le da un contenido concreto al inciso segundo del artículo 740 del Código de Comercio, el deber del asegurado de hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria no puede entenderse solo como el deber de no renunciar al crédito, sino también como el de realizar los actos necesarios para interrumpir la prescripción y conservar la prueba.

6.3. ¿Quién cobra primero?

La subrogación opera solo hasta el monto en que la aseguradora efectivamente pagó, de modo que el crédito se divide entre ella y el asegurado. Este escenario se entiende común porque el propio Código lo produce por tres vías: el tope de la suma asegurada de los artículos 724 y 736, el descuento del deducible del artículo 735 y la regla proporcional del artículo 742 para el infraseguro[40]. Por ejemplo, si un daño es de USD 10 000 y el deducible es de USD 2000, la aseguradora paga USD 8000 y se subroga hasta ese monto, mientras la víctima conserva la acción contra el causante por los USD 2000 que faltan.

Hasta aquí no hay ningún problema, siempre y cuando el patrimonio del causante alcance para pagar a la víctima y a la aseguradora, pero, cuando este no es el caso, ¿quién tiene preferencia de cobro? La normativa no ofrece una respuesta directa a esta pregunta, lo que nos da espacio a inferir la respuesta lógicamente. Si el seguro de daños existe para restituir el patrimonio del asegurado y nunca para enriquecerlo, resulta contradictorio que el ejercicio de la subrogación termine impidiendo esa misma restitución. La preferencia debe reconocerse entonces a la víctima hasta cubrir la parte del daño que no fue indemnizada, y solo después repartirse el remanente entre ambos acreedores.

39 Badillo Arias, "La acción subrogatoria del artículo 43".
40 Ver artículos 724, 735, 736 y 742, CCo.

7. Conclusiones

¿Puede la víctima exigir simultáneamente el cobro de la póliza y la indemnización directa del causante? El análisis de los tres supuestos demuestra que la respuesta no es binaria. El reclamo único a la aseguradora, el reclamo único al causante y el reclamo simultáneo a ambos son alternativas que el ordenamiento no prohíbe, pero que en todos los casos encuentran un límite común: el monto del daño efectivamente sufrido.

Si bien los principios de *restitutio in integrum* y el enriquecimiento sin causa parecen ser los insumos adecuados que dirigen la situación jurídica, lo cierto es que ambos generan resultados que no resuelven la tensión cuando la víctima ya ha sido reparada por su aseguradora. Parece aquí en principio que la resolución llega a través de la *compensatio lucri cum damno*. Sin embargo, esta falla al no cumplirse su requisito causal conforme a lo establecido por Gallo. Permitir que se utilice la figura sería liberar al causante por un contrato del que no es parte. El ordenamiento ecuatoriano ya prevé las herramientas para resolver lo que los principios por sí solos no podían resolver. La institución de subrogación satisface los tres efectos identificados en este ensayo. Así la víctima queda reparada, no se enriquece y el causante no queda liberado. Dicho mecanismo opera hasta el monto efectivamente pagado por la aseguradora y posiblemente bifurcando el crédito, pero en ningún caso permitiendo un enriquecimiento injustificado.

En definitiva, la pregunta de investigación planteada admite una respuesta clara. La existencia de un contrato de seguro sobre el bien dañado no obliga a la víctima a elegir entre la aseguradora y el causante, pero tampoco le permite beneficiarse de ambos sin límite. La subrogación legal es la pieza que articula lo que, a primera vista, parecía un conflicto entre el derecho de daños y el derecho de seguros. Garantiza la reparación de la víctima, impide su enriquecimiento y mantiene al causante sujeto a su responsabilidad, sin necesidad de recurrir a figuras como la *compensatio lucri cum damno*, inaplicable por su propio diseño dogmático. Se trata, además, de un mecanismo que se ha mantenido estable en el tiempo: el artículo 740 del Código de Comercio recoge el mismo contenido que antes regulaba el artículo 38 del D. S. 1147, lo que muestra una continuidad normativa entre el régimen anterior y el actual.



@usfqpress